CONCORDANCIAS,

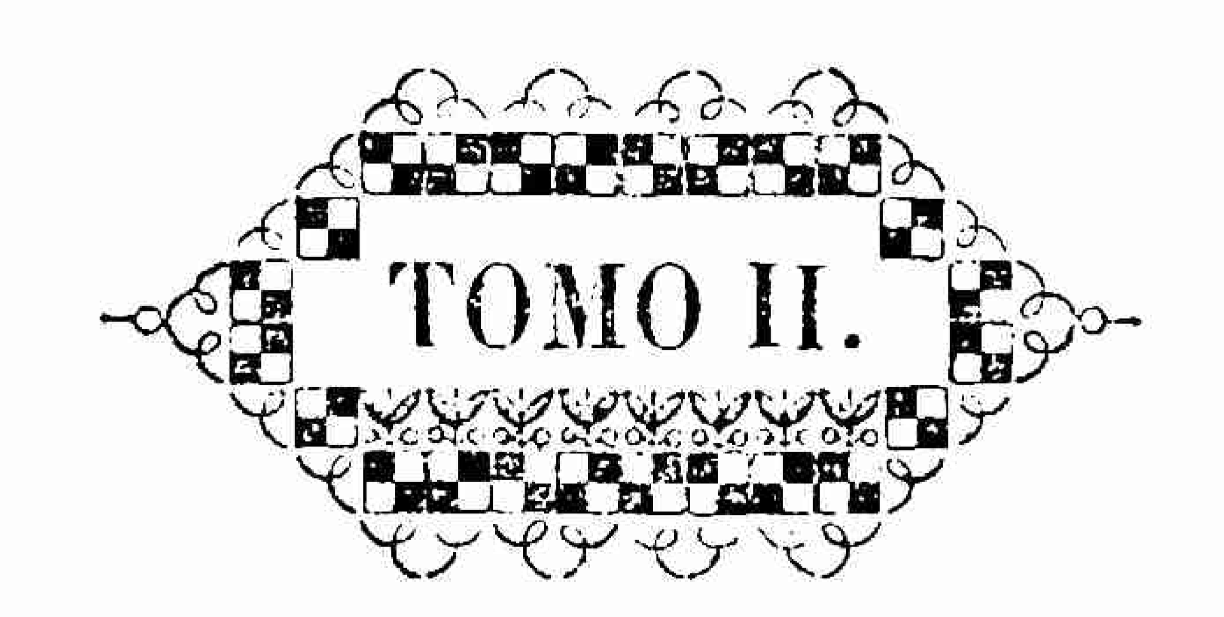
MOTIVOS Y COMENTARIOS

DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Por el Excmo. Sr.

D. Florencio García Goyena,

SENADOR DEL REINO,
MAGISTRADO DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA,
VICE-PRESIDENTE DE LA COMISION GENERAL DE CÓDIGOS,
Y PRESIDENTE DE LA SECCION DEL CÓDIGO CIVIL.



MADRID: 1852.
Imprenta de la *Sociedad Tipográfico-Editorial*,
A CARGO DE F. ABIENZO,
Calle de Cervantes, número 32.

CONCORDANCIAS,

MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

LIBRO TERCERO.

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

Disposicion preliminar.

ARTICULO 548.

La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripcion.

711 y 712 Franceses, que mencionan tambien la accesion ó incorporacion; 602 y 603 Napolitanos, 680 y 681 Sardos, 501 y 502 de Vaud: el 806 de la Luisiana añade «y por obra de la ley». El 639 Holandes dice: «La propiedad de las cosas no puede ser adquirida sino por apropiacion, incorporacion, prescripcion, sucesion legal ó testamentaria, y tradicion ó entrega acompañada de un título de trasmision de propiedad emanada del propietario.»

De todos estos Códigos, el mas consecuente á mi entender es el Holandes, pues pone su mencionado artículo al tratar de la propiedad en el libro 2, y habla en seguida de los medios de adquirirla por ocupacion, *accesion*, *etc.*: los otros en su respectivo libro 2 no tratan de los medios ó modos de adquirirla, y sin embargo apuran toda la materia de *accesion*.

Asi es, que al encabezar su libro 3, como lo está el nuestro, tienen que enumerar entre los modos de adquirir la *accesion ó incorporacion*, que está ya agotada en el libro 2; y yo no sé si esto es conforme á la claridad de las ideas y á la exacta division de las materias.

Tal vez habria sido preferible el órden seguido en las Instituciones de Justiniano: el libro 2 tiene por epígrafe *De rerum divisione, et acquirendo earum dominio*.

En los diez primeros párrafos del título 1 trata de la division de bienes ó cosas que no son de *particulares*: en el 11 se desciende á las de *particulares*, y se dice que se adquieren por derecho natural ó de gentes y por derecho *civil*.

En seguida trata de los medios de adquirir por derecho natural, y recaen sobre las cosas que no tienen dueño, como la caza, pesca, etc.: redúcense á la *ocupacion*; y luego de la *accesion*: los autores llaman *originarios* á estos dos modos de adquirir por derecho natural: á la tradicion ó entrega la llaman modo *derivativo*, tambien de derecho natural; y de ella se trata en el párrafo 40 del dicho título 1, *per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur, etc.*

En el título 6 del libro 2 se pasa á los modos de adquirir por derecho civil principiando por los *singulares*, en que se adquiere el dominio de una sola cosa, *jure civili constitutum fuerat*; en el título 10 del mismo libro se comienza á tratar de los modos de adquirir universales por derecho civil, *herencias por testamento*, y el libro 3 sigue con las legítimas ó sin testamento: yo entiendo que se habria ganado mucho en órden habiendo comprendido unas y otras en el libro 2, y reservado todo el título 3 para los contratos y obligaciones en lugar de principiar á tratar de ellos en el título 14.

Porque los contratos no eran entre los Romanos modos de adquirir la propiedad ó dominio, sino títulos para llegar á su adquisicion, y entre nosotros lo son por el artículo 981: vé lo allí espuesto.

La doctrina Romana pasó en todas sus partes á nuestras Partidas, pero con gran desórden, pues entre el título 28 y siguientes de la Partida 3, en que se trata del *señorío de las cosas*, hasta los modos universales de adquirirlo ó herencias de la Partida 6, median las leyes de las Partidas 4 y 5 sobre *matrimonio y contratos.*

En suma, habemos seguido con razon ó sin ella el órden ó division de los Códigos modernos, omitiendo aquí algunos artículos de ellos por haberlos comprendido entre los de los títulos 1 y 2 del libro 2.

Por contrato: Entiéndese de los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compra y venta, que por Derecho Romano y Patrio eran simples títulos, no de los que no la trasfieren, como el arrendamiento, comodato, etc.

TITULO PRIMERO.

De las herencias.

Se ha preferido esta palabra á la de *sucesion* que es mas vaga, y tanto, que en el Diccionario de la lengua no se le da el sentido ó significado de herencia.

El título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, version castellana, dice: «*De los herederos*»: el 6, libro 3 del Fuero Real, y el 13, Partida 6: «*De las herencias*».

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 549.

Herencia es la sucesion en todos los bienes del difunto, y en todos sus derechos y obligaciones, que no se estinguen por la muerte.

Hereditas est succesio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit; leyes 24 de *verborum significatione*, y 62 de *regulis juris.*

«Herencia es la heredad é los bienes é los derechos de algun finado, sacando ende las debdas que devía, é las cosas que y fallaron agenas,» ley 8, título 33, Partida 7.

Los Códigos modernos no definen la herencia: parece sin embargo natural conocer la cosa de que va á tratarse, fijar su naturaleza y efectos generales, y esto no puede conseguirse sino por una buena definicion.

Que no se estinguen por la muerte: lo que se estingue por esta no puede heredarse, por ejemplo, el usufructo, el derecho á alimentos y otros personalísimos.

ARTICULO 550.

La herencia se abre por la muerte natural de la persona á quien se hereda.

Segun el 718 Frances y 638 Napolitano se abre tambien por la muerte civil: el 877 Holandes y 963 Sardo: «Las herencias no se abren sino por la muerte:» el 536 Austriaco y el 569 Prusiano añaden, «natural:» el 528 de la Luisiana añade discretamente: «O por la presuncion de muerte causada por la ausencia en los términos prescritos por la ley:» esto mismo va sobreentendido en nuestro artículo: vé el 322.

Heres quamdoque adeundo hereditatem, jam tunc á morte succesisse defuncto intelligitur, ley 54, título 2, libro 29 del Digesto. *Omnis hereditas quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur*; leyes 138 y 193, título 17, libro 50 del Digesto; y, aunque no con tanta precision, se dice lo mismo en diferentes leyes del título 6, Partida 6.

Por esto los efectos de la aceptacion se retrotraen siempre á la muerte de aquel á quien se hereda: vé el artículo 821 nuestro, con el que están conformes el 777 Frances, 695 Napolitano, 981 de la Luisiana y 987 Sardo.

ARTICULO 551.

Cuando algunas personas perecen en un incendio, ruina, naufragio ú otra desgracia comun, y por las circunstancias particulares del suceso no aparezca cuál de ellas murió la primera, se decidirá esta cuestion por las reglas siguientes.

ARTICULO 552.

Entre las personas que no han cumplido diez y ocho años, se presume haber sobrevivido la de mayor edad. De los diez y ocho en adelante, la presuncion está por la mas jóven; sin embargo, concurriendo hembra y varon, se presume, en este solo caso, á favor del varon si la hembra no es mas jóven que él en dos años.

Entre dos personas, la una mayor de sesenta y cinco años, y la otra menor de doce, se presume que esta murió la primera; y al contrario, si tenia mas de doce, aunque no hubiese cumplido los diez y ocho.

El 721 Frances dice: «Si los que han perecido juntamente, eran menores de quince años, se presumirá que sobrevivió el de mas edad.» «Si eran mayores de sesenta, se presumirá que sobrevivió el de menor edad.»

«Si los unos tenian menos de quince años, y los otros mas de sesenta, se presumirá que han sobrevivido los primeros.»

Se vé, pues, que en dicho artículo Frances solo se tiene consideracion á la edad. Yo encuentro muy razonables los dos primeros casos, pero no el tercero en toda la estension que tiene; ¿puede racionalmente presumirse que un hombre de sesenta y un años no tenga mas fuerza para luchar con la muerte, que un niño de dos ó de tres?

El 722 Frances dice: «Si los que han perecido juntamente, tenian quince años cumplidos, y menos de sesenta, se presume que sobrevivió el varon, cuando la edad era igual, ó su diferencia no escedia de un año.»

«Si eran del mismo sexo, se presume que sobrevivió el mas jóven.»

Segun esto á un jóven de veinte á veinte y cinco años se le presume muerto antes que al que apenas haya entrado en los diez y seis, aunque el primero sea varon, y el segundo hembra: es decir, que se le presume de menos valor y fuerza para luchar con la catástrofe; presuncion á que se resisten el buen sentido y la esperiencia.

El Código Napolitano, artículos 461 al 465, y el de la Luisiana, artículos 930 al 933, están conformes con el Frances.

El Código Sardo es á mi entender mas discreto. Segun su artícu-

lo 965, entre personas de un mismo sexo hasta los treinta y cinco años, se presume haber sobrevivido la de mas edad: de los treinta y cinco años arriba la de menor edad.

El mayor de treinta y cinco años y menor de setenta, se presume haber sobrevivido al menor de catorce. Entre un septuagenario y un niño mayor de siete años la presuncion de vida favorece al niño; y le es contraria, siendo menor de siete años.

Desde los treinta y cinco en adelante se presume por el varon en igualdad de edad, ó cuando la diferencia no escede de cinco años; es decir, cuando el varon no escede en mas de cinco años á la hembra.

En el artículo 878 Holandes se dice; «Si algunas personas llamadas á sucederse una á otra perecen en un mismo acontecimiento, ó en el mismo dia sin que pueda saberse cuál de ellas murió primero, la presuncion será que las dos murieron en el mismo instante, y no habrá trasmision de bienes de la una en provecho de la otra»: lo mismo se dispone en el código Austriaco, artículo 25, capítulo 8, y en el Prusiano, artículo 39, título 1, parte 1.

En la Concordancia de dichos Códigos con el Frances pone el autor la nota siguiente al Austriaco: «Este modo de cortar la cuestion deja en pié las dificultades que la legislacion quiso hacer desaparecer.»

Pero en primer lugar podria haber hecho la misma observacion ó nota á los Códigos Holandes y Prusiano; y en segundo, yo encuentro en todos tres resueltas las dificultades que el Frances y otros resolvieron pesada y contradictoriamente: cada una de las personas que han perecido tendrá sus herederos en sus bienes propios sin reclamacion ninguna á la otra; y no podrá negarse que esto sea mas sencillo.

En Derecho Romano, título 5, libro 34 del Digesto, leyes 9 y 10, solo encontramos que, muriendo el padre con un hijo impubero, se presume haber sobrevivido el padre; y al contrario, si el hijo era pubero; que igual presuncion hay á favor del marido contra la muger, y á favor del varon contra la hembra, si no se sabe cual de ellos murió primero.

La ley 12, título 33, Partida 7, contiene los mismos tres casos: á esto se reduce todo lo que sobre el favor por razon de la edad y del sexo encontramos en los Códigos antiguos y modernos.

Difícil es, si no imposible, ajustar todas las diferencias de edad y de casos: en esta materia, como en otras muchas, solo puede aspirarse á reglas generales y á presunciones racionales, salva siempre la prueba en contrario, ú otras presunciones mas fuertes.

¿Cómo ha de presumirse que en un infortunio comun perece antes un jóven de diez y ocho años que un niño de tres? Ni tampoco que este sobreviva á un hombre de sesenta á sesenta y cinco años.

A no dudar era necesaria mayor espresion é individualidad de edades que la del Derecho Romano y Patrio: la impubertad, solo caso espresado en ellos, es el periodo mas corto de la vida; siguen la adolescencia y juventud, la virilidad y la vejez, y aunque seria en estremo prolijo y enojoso recorrer todos estos periodos, convenia hacer alguna distincion general; los Códigos mencionados nada disponian, ni aun para el caso de morir dos puberos de un mismo sexo: esta necesidad ó conveniencia es hoy mayor por el prodigioso aumento de largas navegaciones.

En el Código Frances y otros modernos se trató de llenar el vacío; pero su misma prolijidad y variedad prueban la dificultad del acierto en esta materia.

La sencillez de los Códigos Holandes, Austriaco y Prusiano es admirable, pero choca en los mas casos con la verosimilitud y esperiencia.

Ha sido, pues, forzoso ó parecido conveniente, seguir el sistema Frances, pero con las variaciones que resultan del simple cotejo de sus artículos 721 y 722 con el nuestro.

Mas sencillo, y tal vez mas conforme á la esperiencia en los casos de naufragio, habria sido gobernarse únicamente por la edad, sin dar nada á la diferencia del sexo: la escepcion que en el párrafo segundo se hace á favor del varon es un tributo de respeto al Derecho Romano, Patrio, Frances y á otros Códigos.

De los diez y ocho años en adelante: el artículo 722 Frances dice *quince*; ¿pero es verosimil que el que apenas ha entrado en los diez y seis años, resista mas que el que se encuentra en los veinte y cinco? El aumento de tres años que se hace en nuestro artículo hace mas verosimil, ó menos inverosimil, la presuncion.

A favor del varon: vé lo espuesto en el párrafo penúltimo.

La una mayor de sesenta y cinco años, y la otra menor de doce. En este párrafo se varía enteramente el 3 del artículo 721 Frances, segun él que un niño de pocos meses, y aun de dias, debe haber sobrevivido al hombre de sesenta años apenas cumplidos: Rogron no puede disimularse lo chocante é inverosimil de esta presuncion, y trabaja en vano por escusar á sus autores.

Pero ademas yo advierto una palpable contradiccion entre el citado artículo 721 y el 433, en que para escusarse de la tutela es necesaria la edad de sesenta y cinco años cumplidos, lo que da á entender que hasta entonces se presumen fuerza y vigor.

Y si se quiere argüir de contradiccion entre este artículo y el número 7 del 210, ya tengo dadas allí las razones de fijarse la edad de sesenta años, razones que no militan en el presente caso.

Servavitque ordinem natura: senior prius, tunc cui prima aetas, extinguntur. Tácito, anales, libro 16, número 11.

Nada se establece en nuestro artículo, ni en ningun código para el caso de absoluta igualdad de edad entre personas de un mismo sexo, como puede acontecer entre gemelos: las leyes se dan para lo que comun y ordinariamente sucede, leyes 3, 4, 5 y 6, título 3, libro 1 del Digesto, y 36, título 4, Partida 7: un buen Código no debe ser casuístico.

ARTICULO 553.

La herencia se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento; y á falta de este, por disposicion de la ley.

Puede tambien deferirse la herencia de una misma persona, en una parte por la voluntad del hombre, y en otra por la disposicion de la ley.

En la primera parte del artículo están conformes todos los Códigos antiguos y modernos: *quamdo potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*, ley 39, título 2, libro 29 del Digesto: la ley no dispone sino á falta de disposicion del hombre, y aun entonces lo hace con arreglo á la voluntad presunta del mismo.

Sin embargo, el artículo 533 Austriaco admite la sucesion ó herencia á virtud de un pacto matrimonial: el 35 Bávaro, capítulo 4, libro 3, admite lo mismo á favor del cónyuge sobreviviente; y en nuestras provincias de Fueros se arreglan comunmente los sucesiones en capitulaciones matrimoniales, que participaban de la naturaleza de contratos y de últimas voluntades: vé una modificacion de este artículo en el 653, que alcanza á las capitulaciones como á los testamentos.

La segunda parte es contraria á la célebre máxima Romana, 7 de *regulis juris*; *jus nostrum non patitur eumdem in paganis, et testato et intestato decessisse*: *earumque rerum inter se naturaliter pugna est (testatus et intestatus est.)*

Lo peregrino es que se siente como *natural* esta pugna ó incompatibilidad en la misma ley que limita sus efectos á los testamentos comunes, *in paganis*: en los militares era permitido y natural lo contrario.

La máxima Romana, adoptada en la ley 14, título 3, Partida 6, quedó sin efecto por la ley recopilada 1, título 4, libro 5, y desde entonces el derecho de acrecer solo tuvo lugar, cuando se fundaba en la voluntad presunta del testador: vé el artículo 743, número 2, y el 816.

En el artículo 914 Sardo, 629 de Vaud y 554 Austriaco, se ordena espresamente lo mismo; cuando uno dispone tan solo de parte de los bienes, se hereda en los demas *abintestato*.

ARTICULO 554.

Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte, no solo en la propiedad, sino tambien en la posesion.

Los herederos legítimos, dice el artículo 724 Frances, quedan apoderados de pleno derecho de los bienes, derechos y acciones del difunto: «los hijos naturales, el cónyuge sobreviviente y el Estado, deben hacerse poner en posesion por la justicia:» lo copia el 645 Napolitano.

El 667 Sardo es aún mas espresivo: «La inmediata posesion de los bienes, derechos y acciones del difunto, pasa de pleno derecho á la persona del heredero tanto legítimo como testamentario, con la obligacion de satisfacer todas las cargas hereditarias, sin necesidad de tomar la actual posesion de la herencia:» en el siguiente 668 se esceptúan los hijos naturales, que deben pedir la posesion á los parientes succesibles.

El 880 Holandes concede indistintamente este beneficio á todos los herederos, menos al Estado que debe hacerse poner en posesion; y añade que en caso de contestacion sobre la calidad de los herederos, el juez puede ordenar una administracion provisional de la herencia: lo mismo se permite en los 1002 y 1003.

El 943 de la Luisiana dice, que debiendo los hijos naturales hacerse poner en posesion, no se les considera haber heredado al difunto en el instante mismo de su muerte; pero que si mueren antes de haber intentado su demanda, trasmiten su derecho á sus herederos: con esto parece disponer lo contrario en los demas casos.

El 797 Austriaco se aparta de los citados: «Nadie queda apoderado de pleno derecho de una herencia. Los herederos deben hacerse poner en posesion por el tribunal.»

Nuestro artículo, asi como los modernos citados, pugna abiertamente con el Derecho Romano y con el Patrio, salvo lo que respecto de los mayorazgos disponia la ley recopilada 1, título 24, libro 11, ó 45 de Toro, cuyo beneficio se hace aquí estensivo á las herencias. *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt: possesio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*, ley 23, título 2, libro 41 del Digesto; *quod per colonum meum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possesionem, non poterit possidere: retinere enim animo possesionem possumus, apisci non possumus*, ley 30, párrafo 5 del mismo título.

Gotofredo comentando la ley 23 dice, que le es contraria la costumbre Francesa, *le mort saisit le vif*, que alcanza aun á los herederos estraños.

Con este motivo cita la ley 11, título 2, libro 28 del Digesto, que trata de *sucessione sui heredis*, y dice, *nulla videtur hereditas fuisse:: post mortem patris non hereditatem percipere videntur*, *sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur*: pero en realidad la ley 11 habla de la continuacion del dominio, no de la posesion.

Tambien cita la ley 30, título 6, libro 4 del Digesto, en que se dice, *possessio defuncti, quasi juncta*, *descendit ad heredem*, *et plerumque*, *nondum hereditate adita*, *completur*: en el comentario de esta ley, añade: *sic interpretantur alii*, «*le mort saisit le vif*,» *id est*, *defunctus heredem suum possesorem facit*, *heredem extraneum non æque*, y que á este se refiere la citada ley 30, título 2, libro 41: Voet, título 1, libro 4, responde bien al argumento sacado de la ley 30, título 4, libro 6, que esta ley no dice que la posesion se adquiera *ipso jure*, sino que se computa la posesion del difunto, la del heredero y de la herencia yacente para la prescripcion.

Se ha preferido la doctrina de los Códigos modernos á la del Derecho Romano y Patrio: por mas que se diga que la posesion *non juris*, *sed facti est*, los hechos del difunto ¿no aprovechan y dañan á sus herederos? ¿No se reputan por hechos de estos mismos? ¿El hecho de la posesion del difunto no produjo derechos? ¿Y no pasaron *pleno jure* todos los derechos al heredero? ¿Ni cómo distinguir la posesion de los derechos que constituyen su esencia?

El hombre nunca muere en cuanto á sus derechos y obligaciones civiles, que no sean personalísimas, ni hay bajo este aspecto un solo momento de interrupcion entre el difunto y su heredero.

Y como estas consideraciones obran indistintamente á favor de todos los herederos, el artículo comprende á todos, en lo que se ha dado la preferencia al artículo Holandes 880 sobre el Frances 724, cuyos débiles y voluntarios fundamentos pueden verse en el discurso 14, y en el comentario de Rogron: asi es que este recurre á distinciones mas propias para oscurecer que para ilustrar.

En cuanto al fisco, único entre los herederos al que no aprovecha el artículo Holandes, no se descubre razon (llegado el caso de su llamamiento), para hacerle de peor condicion que los otros.

Esta posesion, que á semejanza de la ley de Toro puede llamarse *civil* y *civilísima*, no escluye la prescripcion, ni que el poseedor de buena fé haga suyos los frutos de las cosas hereditarias, cuando y como podria prescribir y hacerlos suyos contra el difunto.

CAPITULO II.

De las herencias por testamento.

La testamentifaccion es, en cuanto á su forma y solemnidades, de derecho civil; en cuanto á su fondo y orígen, de derecho de gentes: que el hombre pueda disponer de sus cosas para despues de su muerte, es de derecho de gentes: que haya de disponer en esta ú otra forma, con estas ó las otras solemnidades, es de derecho civil.

Pero el hombre no puede disponer para un tiempo en que deja de ser dueño de sus cosas: la propiedad comenzó por las necesidades personales y la posesion, que se acaban con la vida: destiérrense los testamentos: no haya mas herencias que las legitimas.

Todos los siglos y todos los pueblos se han declarado contra esta pretension, que solo puede agitarse en las escuelas por curiosidad y para aguzar el ingenio: yo me admiro de que haya sido tratada tan séria y detenidamente al principio del discurso 55 frances.

SECCION PRIMERA.

DE LA NATURALEZA Y EFECTOS DEL TESTAMENTO.

ARTICULO 555.

El testamento es un acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes para despues de su muerte en favor de una ó mas personas.

895 Frances, 696 Sardo, 815 Napolitano, 922 Holandes, 558 de Vaud, 1445 de la Luisiana.

Voluntatis nostræ justa (id est, solemnis) sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, ley 1, título 1, libro 28 del Digesto.

«Voluntad ordenada en que cada uno establece heredero, é departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte,» ley 2, título 1, Partida 6.

Solemne: hecho con los requisitos ó solemnidades de la ley, y cuya inobservancia ó falta lo anula segun el artículo 588.

Esencialmente revocable: como se dice con mayor espresion en el artículo 717. Esta calidad es el rasgo característico entre el testamento y la donacion que, una vez aceptada, queda irrevocable, artículos 940 y 945.

Del todo ó parte: y en la parte de que no disponga, sucederán

los herederos legítimos segun los artículos 555 y número 2 del 743, aunque el testamento carezca absolutamente de institucion de heredero, y solo contenga mandas y legados, artículo 625.

Despues de su muerte: hasta entonces ningun derecho adquiere el heredero ó legatario; la donacion, por el contrario, trasfiere desde luego al donatario la propiedad de las cosas donadas, artículo 940: esto proviene de lo ya dicho, el testamento es revocable, la donacion no.

Los Códigos modernos, á escepcion del de Vaud, Austriaco y Prusiano, desconocen los codicilos: el Derecho Romano y Patrio los admitian.

El orígen de los codicilos entre los Romanos está bien esplicado en el título 25, libro 2 de las Instituciones de Justiniano, así como sus menores solemnidades y efectos.

Su introduccion se funda en que esto seria utilísimo y necesario á los ciudadanos Romanos *propter magnas et longas peregrinationes:: ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset*; en todo testamento eran necesarios siete testigos, *ciudadanos Romanos*, y era fácil que en las grandes y lejanas peregrinaciones no pudiera ser habido aquel número con la dicha calidad: pero en primer lugar nuestro artículo 565 disminuye el número y calidades de sus testigos; y en segundo el 585 reconoce por válidos los testamentos otorgados en pais estranjero con las solemnidades usadas en el mismo, guardando consecuencia con el artículo 10: no habia, pues, motivo plausible para dar entrada á los codicilos.

Por nuestro derecho habia la anomalia de que, siendo necesarias por la ley recopilada 2, título 18, libro 10, las mismas solemnidades en los codicilos abiertos que en el testamento, no se espresaba si podia hacerse en ellos todo lo mismo que en el testamento; y quedaba ademas la duda si subsistian las diferencias entre los escritos y el testamento cerrado.

ARTICULO 556.

El testador puede disponer á título universal ó de herencia, y á título particular ó de legado.

Sin embargo, aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposicion, como hecha á título universal ó de herencia.

El 698 Sardo hace consistir el título universal en que se dejen todos los bienes *ó una parte cuota de ellos*; todas las otras disposiciones son á título particular. Pero ¿por qué no ha de poder dejarse por título de manda ó legado una parte cuota de los bienes, en cuyo caso

el legatario se llamaba por Derecho Romano *parciario*, y la manda sufria por necesidad la deduccion ó pago de las deudas? Vé el artículo 459 y el 624 con lo en él espuesto.

ARTICULO 557.

No pueden dos ó mas personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo, ó de un tercero.

968 Frances, 699 Sardo, 1566 de la Luisiana, 895 Napolitano, 977 Holandes, 646 de Vaud; el artículo 583 Austriaco esceptúa el testamento entre esposos.

La ley 9, título 6, libro 3 del Fuero Real, los autoriza en igual caso: á los Romanos no les ocurrió ni la posibilidad.

Autorizado el testamento de hermandad, nacia la duda de si un esposo podia revocarlo en vida del otro sin su noticia y consentimiento; y sobre todo si podria hacerlo habiendo el otro muerto.

En este segundo caso, permitir la revocacion era violar la fé de la reciprocidad: declarar irrevocable el testamento era cambiar su naturaleza y convertirlo de acto de última voluntad en rigurosamente contractual.

La ley 41 de las Córtes de Navarra de 1766 cortó las dudas para ambos casos: en el primero podia un esposo revocar el testamento, poniéndolo en noticia del otro: en el segundo, es decir, muerto uno de los esposos testadores, el testamento no podia ser revocado por el sobreviviente.

Lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fé ó con la naturaleza de los testamentos, y que por otra parte daba lugar á sugestiones y violencias.

ARTICULO 558.

El testamento es un acto personalísimo: su formacion no puede dejarse en todo ó en parte al arbitrio de un tercero.

Tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institucion de heredero ó de la manda, ni la designacion de su cantidad; pero si el repartimiento, cuando la disposicion comprende á toda una clase de personas, como parientes, pobres y criados.

«*Testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non en ex alieno arbitrio pendere.*» Leyes 32 y 70, título 5, libro 28 del Digesto. «El establecimiento del heredero é de las mandas non deve ser puesto en albedrio de otro:» leyes 9, título 3, y 29, título 9, Partida 6. Con esto quedan derogadas la ley 31 de Toro y siguientes, que forman

el título 19, libro 10, Novísima Recopilacion, y la 6, título 5, libro 3 del Fuero Real.

El segundo párrafo guarda conformidad con las leyes Romanas y Patrias citadas, que, sin embargo, permiten hacer pender la institucion de heredero ó legado de una condicion potestativa puesta á un tercero: en la ley 68, título 5, libro 28, y en la 52, título 1, libro 25 del Digesto, se da una razon que tal vez no satisfará á todos, *expressa nocent, non expressa non nocent*, de donde se tomó la 195 de *regulis juris*.

La escepcion final está tomada del artículo 651 Austriaco, y de la ley 5, título 10, Partida 6: guarda ademas conformidad este artículo con el 610 y no se opone al 900, porque la facultad de hacer la particion es cosa mas subalterna y muy diferente de la subsistencia de institucion de heredero ó de la manda: vé tambien los artículos 661 y 662.

El 813 Sardo abunda en el mismo sentido, y solo permite dejar al arbitrio del heredero ó de un tercero que determinen la cantidad del legado en los remuneratorios.

ARTICULO 559.

Toda disposicion testamentaria que tenga por objeto captar algun lucro en testamento futuro de otro, es nula.

Tambien es nula aquella en que, bajo cualquier nombre ó concepto, se deja á uno el todo ó parte de los bienes, para que los aplique ó invierta con arreglo á instrucciones reservadas, que le hubiere comunicado el testador.

El 864 Sardo dice: «Es nula la disposicion á título universal ó particular hecha por el testador bajo la condicion de ser él igualmente aventajado en el testamento de su heredero ó legatario.»

Estas disposiciones se llamaban en Derecho Romano *captatorias*: si se referian á tiempo pasado ó á testamento ya hecho, perdian aquel concepto y eran válidas, leyes 70 y 71, título 5, libro 28, y 64, libro 30, título único del Digesto.

Captatoriæ scripturæ neque in hereditatibus, neque in legatis valent.

El testamento es un acto muy serio y destinado á ejercer ámpliamente la liberalidad: desdice, pues, enteramente de su naturaleza que se convierta en un lazo ó artimaña de la avaricia.

El segundo párrafo es una consecuencia del artículo 558. Sin esta restriccion no seria el testador, sino un tercero el árbitro de la institucion y de las mandas; en una palabra, de la herencia.

Ademas, seria, como ha sido hasta ahora, fácil eludir las leyes pro-

hibitivas sobre incapacidad ó indignidad, y se da ocasion á delinquir con la prohibicion, casi formulária, de no haberse de pedir cuentas, ó mezclarse judicial ó estrajudicialmente en la inversion.

ARTICULO 560.

Toda disposicion que sobre institucion de heredero ó mandas haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que despues de su muerte aparezcan entre los suyos ó en poder de otro, será nula, si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

La disposicion de este artículo se halla tácitamente comprendida en todos los estranjeros que no admiten otra forma de disponer por acto de última voluntad sino el testamento, ni que este pueda ser revocado en todo ó en parte sino en los términos de nuestro artículo 718.

Sin embargo, la práctica estaba en contrario; véase á Febrero, números 39 y 236, tomo 1.°, capítulo 5.°, donde hace una distincion insostenible.

Voet, número 29, título 1, libro 28 de sus Pandectas, trata de esto con el nombre de *cláusula reservatoria*, y opina contra las cédulas; pero al fin quiere darles algun efecto en ciertos casos, arguyendo por las leyes Romanas sobre codicilos, como si hubiera algo de comun entre estos y las cédulas privadas.

El artículo 775 Sardo permite al testador que pueda reservarse espresamente en un testamento público la facultad de añadir á las disposiciones contenidas en él algunos legados particulares por notas ó cédulas separadas, que han de estar por lo menos fechadas y firmadas de su mano, sin poder revocar por ellas ninguna de las disposiciones del testamento, y sí solo hacer mandas hasta la vigésima parte de los bienes disponibles.

Este temperamento del artículo Sardo parece á primera vista razonable; pero nosotros admitimos el testamento ológrafo que no admite el Código Sardo: de consiguiente, si las notas reunen todos los requisitos de este valdrán como testamento; y culpa será del que no apeló á este medio legal que hasta ahora tampoco estaba admitido entre nosotros.

ARTICULO 561.

Toda disposicion á favor de persona incierta es nula, á menos que por algun evento pueda resultar cierta.

Es la primera parte del 807 Sardo, y párrafo 27, título 20, libro 2, Instituciones, sobre el que puede verse á Vinio. En realidad, siendo

absolutamente necesario para la validez de la institucion ó del legado, que aparezca la persona en cuyo favor se hace, parecia inútil el espresarlo; pero el objeto y espíritu del artículo son que las tales disposiciones valgan cuando por cualquier evento pueda resultar cierta la persona, por ejemplo, lego tal heredad ó tanta cantidad al que casare su hija con mi hijo.

ARTICULO 562.

La disposicion hecha simple y generalmente á favor de los parientes del testador, se entiende hecha en favor de los mas próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representacion con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente.

Sobre la disposicion del primer párrafo de este artículo he visto en la Audiencia de Pamplona pleitos muy reñidos y transacciones encontradas.

Los autores tratan latamente esta materia proponiendo una grande variedad de casos: convenia fijar el del artículo por ser de mayor uso é interes. (Voet, número 20 y anteriores, título 5, libro 28). *Si quis heredes instituat totam cognationem suam, non omnes simul promiscue, qui sunt de cognatione, sine ulla distintione graduum aut proximitatis, sed potius successive, secundum ordinem dilectionis et successionis ab intestato.*

En los artículos 522 al 526 Prusianos se lee: «Por parientes se entienden los mas próximos segun el orden de sucesion:» el 924 Holandes dice: «la disposicion testamentaria á favor de los mas próximos parientes del testador sin otra designacion se entenderá hecha en provecho de sus herederos llamados por la ley.»

En el artículo 559 Austriaco: «Si entre los herederos instituidos se encuentran dos ó mas que, segun los principios de la sucesion legítima, no deben ser considerados sino como una sola persona, por ejemplo, sobrinos en concurso de hermanos del difunto, no tendrán derecho á la particion sino en esta calidad:» y está conforme con la ley 13 al principio, título 5, libro 28, del Digesto. *Interdum haec adjectio, heredes sunto, testatoris voluntatem exprimit: ut puta, Primus et fratris filii aeque heredes sunto: nam hæc adjectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet.*

El derecho de representacion. Yo creo que debe tener lugar aun cuando el testador llame á los parientes mas cercanos, y que sus sobrinos no serán escluidos por los tios, hermanos del difunto: aquel derecho debe regir en lo favorable como en lo adverso; y en lo que no se contraríe abiertamente la voluntad del testador, debe observarse el

órden de la sucesion legitima al que se presume que en todo lo demas quiso atemperarse.

ARTICULO 563.

El testamento es comun ó especial.

El comun puede ser ológrafo, abierto ó cerrado.

Los tratadistas suelen distinguirlo en solemne y menos solemne, ó privilegiado, que viene á ser la misma distincion de nuestro artículo, y da una idea de unos y otros testamentos.

Los testamentos *comunes* se pueden hacer en todas circunstancias, por toda clase de personas, observándose todas las solemnidades ordinarias de la ley: los *especiales*, en consideracion á ciertas circunstancias, están dispensados de algunas de las solemnidades ordinarias: de los *comunes* se trata en la seccion segunda siguiente; de los *especiales* en la tercera.

SECCION II.

DE LAS SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO COMUN.

ARTICULO 564.

El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con espresion del lugar, año, mes y dia en que se otorgue.

Es el 970 Frances, cuya palabra *daté* (fechado) envuelve todo el final de nuestro artículo; 895 Napolitano, 1579 de la Luisiana, 648 de Vaud, y 979 Holandes, que exige ademas que el testamento sea presentado y depositado en poder de un Escribano con asistencia de dos testigos.

La ley 15, titulo 5, libro 2 del Fuero Juzgo, exige tambien que el testador lo escriba todo *manu propia :: et rursus ipse subscribat:: dies quoque et annus habeantur in eis evidenter expresus.*

La ley recopilada 1, título 23, libro 10, ordena asimismo la espresion del dia, mes y año, y la 54, título 18, Partida 3, añade la del lugar; pero ambas hablan en general de todo instrumento publico.

Del sello correspondiente. Es una nueva precaucion para asegurar por lo menos la certeza en la fecha del año, y en vano se omitiria aquí este requisito si la ley ó leyes sobre el uso del papel sellado lo exigen.

Pero de todos modos, exigiéndose aquí, la falta del papel sellado hará nulo el testamento por lo dispuesto en el articulo 588, salva la escepcion del artículo 585.

Escrito todo y firmado. En el testamento cerrado se exige únicamente la firma, porque las solemnidades del acto de la entrega hacen imposible toda falsedad, y la falta de esta garantía en el ológrafo se suple en lo posible con la necesidad de haber de estar enteramente escrito por el testador.

La firma es el alma de todo instrumento; sin ella el testamento ológrafo no pasaria de ser un proyecto de testamento.

Si el testamento ha de estar escrito todo por el testador, es consiguiente que una sola palabra escrita de mano estraña lo anule segun el citado artículo 588; pero si la palabra se encuentra interlineada, se tendrá por no escrita y subsistirá el testamento, pues de otro modo nada seria mas fácil que anularlo. Lo mismo debe decirse de lo testado ó rayado (no siendo en parte sustancial como la fecha ó firma) que no valdrá, sin perjudicar en lo demas á la validez del testamento.

El artículo no dice que el año y dia hayan de espresarse en letras; de consiguiente podrá hacerse en números. Tampoco espresa que la fecha haya de estar necesariamente antes de la firma: lo regular es que lo esté; pero lo contrario no seria por sí solo causa de nulidad.

ARTICULO 565.

El testamento abierto debe ser otorgado ante escribano público y tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, y de los cuales uno, á lo menos, sepa escribir.

El testamento ha de ser dictado por el testador á presencia de los testigos, y escrito por el escribano, quien lo leerá despues al testador en presencia de los mismos testigos, y hará mencion espresa de todo esto.

Los testigos deben ver al testador y entender lo que dispone.

El 971 Frances exige solamente la presencia de dos testigos si el testamento es recibido por dos notarios, y la de cuatro cuando es recibido por un solo notario; el 898 Napolitano exige ademas las otras formalidades comunes á todos los instrumentos públicos segun las leyes reglamentadas del notariado: el 1571 de la Luisiana exige con el notario ó escribano tres testigos residentes en el lugar del otorgamiento, ó cinco no residentes; el 985 Holandes, un notario y dos testigos; lo mismo el 649 de Vaud: el 745 Sardo, un notario y cuatro testigos.

En todo el resto de nuestro artículo, salvo el párrafo final, vienen á estar conformes todos los Códigos.

Los autores llaman á este testamento *mixti generis*, porque participa del rigorosamente nuncupativo, y requiere ademas, para su validez, que se haga por instrumento público.

El artículo 974 Frances exige las firmas de todos los testigos: en

las aldeas (Campagne) basta la mitad: el 749 Sardo exige que por lo menos firme la mitad, y que los que no saben hagan su *señal*: igual variedad se halla en los otros Códigos.

Las leyes recopiladas 1 y 2, título 18, libro 10, callan sobre las firmas de los testigos; y lo que es mas estraño, la 1, título 23, al ordenar la forma de los instrumentos públicos, no exige que los testigos firmen ni sepan firmar: «cualquiera de los testigos, ú otro que sepa escribir;» pero en los tres siglos y cerca de medio trascurridos desde la publicacion de aquella ley, se ha generalizado la escritura, y si no se exige la firma de alguno de los testigos, puede muchas veces resultar ilusorio el objeto de su presentacion, y quedar todo á la buena ó mala fé del escribano: sin embargo, esto habrá de guardar consonancia con la ley de notariado, que deberá de regularizar toda la materia de instrumentos públicos.

El primer párrafo del artículo es literal de la citada ley 1 recopilada, omitiendo las palabras «al menos» relativas al número de testigos, puesto que en ningun caso exige el artículo mas de tres con escribano.

Por Derecho Romano no intervenia escribano, ni en el testamento nuncupativo, ni en el escrito; lo mismo por la ley 1, título 1, Partida 6, que por cierto se aviene mal con la 103, título 18, Partida 3, segun la que, la carta del testamento debe hacerse ante escribano: tampoco se hace mencion de este en ninguna de las cuatro formas de testamentos que enumera la ley 11, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo: vé lo que sobre una y otra legislacion espongo en el artículo 567.

El testamento, aun en su último estado entre los Romanos, se resintió de su orígen político en los comicios calados y de las vicisitudes porque habia pasado: el número de siete testigos venia del testamento pretorio *per æs et libram* ó de venta imaginaria, y la citada ley de Partida lo copió, aunque el Fuero Juzgo calló sobre esto: la rogacion de los testigos, la continuidad ó no interrupcion del acto de testar por otro estraño á el, *nullo actu extraneo interveniente*, ley 21, titulo 23, libro 6 del Código y algunas otras solemnidades, omitidas aquí, traian su orígen de los comicios calados, en que se hacian los testamentos á manera de leyes.

En nuestras provincias de Fueros bastaban dos testigos con escribano, siguiendo en esto al Derecho Canónico; como bastan para todos los demas instrumentos públicos, segun la ley recopilada 1, título 23, libro 10.

El citado artículo 971 Frances tomó, en cuanto al número de testigos, un término medio entre las provincias de *costumbres* (Fueros) donde bastaban dos, y *las de Derecho escrito* ó Romano en las que eran necesarios siete.

Nosotros no tenemos necesidad ni posibilidad de recurrir á un término medio: la ley recopilada 1, título 19, del Ordenamiento de Alcalá, cuenta cinco siglos de observancia sin haber producido abusos ni sufrido impugnaciones, por mas que se realcen ó exageren las asechanzas y la codicia en materia de últimas voluntades.

El segundo párrafo del artículo está conforme con la mencionada ley 103 de la Partida 3, salvo en el número de testigos, «é de si deve escribir el escribano todas las cosas que el testador ficiere (digere); é tal testamento deve ser leido é fecho ante siete testigos:» concuerda tambien con lo que para toda clase de instrumentos públicos se ordena en la ley 1, título 23, libro 10, Novísima Recopilacion.

El tercer párrafo corta la cuestion sobre si era válido el testamento otorgado por un simple *sí* ó gesto afirmativo del testador á la pregunta de otro. Gomez, número 109 de la ley 3 de Toro, sostiene que es válida la institucion de heredero por un simple *sí* á la pregunta de otro, y en el 110 rechaza la hecha por gestos.

Domiciliados: la ley recopilada 1, título 18, libro 10, exigia la calidad de vecinos; pero como en muchos casos podia ser dudosa y dar ocasion á pleitos, se ha sustituido, como en el número 2 del artículo 569, la vecindad por el domicilio, que en casi todos los casos bastará para que los testigos conozcan al testador, y ellos mismos sean conocidos: adviértase tambien que la 1, título 23, no exigió la calidad de vecinos en los testigos de los demas instrumentos.

Los testigos deben ser, etc.: acerca de esto véase lo espuesto en el número 2 del artículo 590: el que no ve al testador en el acto del otorgamiento y para los fines de la ley, es enteramente igual al ciego.

Pero no se olvide la indicacion hecha arriba. Aquí no se exige que los testigos sean rogados, ni que el acto de testar no pueda ser interrumpido por otro acto estraño, á pesar de hallarse así dispuesto en el Derecho Romano, Fuero Juzgo y en las Partidas. Aquellos requisitos continuaron entre los Romanos por un respeto supersticioso al orígen político de los testamentos, é igual respeto al derecho Romano los hizo pasar á nuestros Códigos: pero las leyes recopiladas no les dieron entrada, ni la tienen en la generalidad de los Códigos modernos.

Siendo el testamento un instrumento público, claro es que en todo lo que no espresa este artículo, habrá de arreglarse á lo dispuesto por las leyes para aquella clase de instrumentos: vé los artículos 1999 y 1200: asi es que á cada paso se toca la necesidad de una ley orgánica y general del notariado.

Entretanto no ha sido el ánimo de la Comision comprender los testamentos en la disposicion de la ley recopilada 2, título 23, libro 10, sobre el conocimiento de las partes por el escribano: la ley *habla de*

partes que han de otorgar el contrato ó escritura y nunca se aplicó á los testamentos.

El artículo 746 Sardo dispone, que «el escribano debe conocer la persona del testador, ó asegurarse de la identidad de la misma, y hacer de esto mencion espresa; el todo bajo las penas señaladas en la ley sobre el notariado.»

ARTICULO 566.

Para testar en lengua estranjera, se requiere la presencia de dos intérpretes juramentados, que harán la traduccion en castellano: en este caso debe escribirse el testamento en las dos lenguas.

Es el 126 Prusiano, título 12, parte 1. «Si se quiere testar en una lengua estranjera se requiere la presencia de dos intérpretes juramentados para traducir en la lengua conocida; en este caso el testamento debe estar escrito en las dos lenguas.»

Siendo preciso entender lo que dispone el testador, no hay otro medio prudente y posible para conseguirlo, y debe facilitarse en cuanto sea dado el medio de testar al estranjero que no conozca la lengua de nuestro pais.

ARTICULO 567.

El testador deberá firmar el testamento; y si declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él uno de los testigos, y el escribano dará fé de todo esto en el mismo instrumento.

Es el 973 Frances, 899 Napolitano, 986 Holandes: el 748 Sardo añade, que, no sabiendo ó no pudiendo firmar el testador, se haga mencion de la causa y que haga una señal ó marca, precaucion pueril é ineficaz.

El testamento nuncupativo podia tambien hacerse por instrumento público ante escribano segun la ley 1, título 1, Partida 6, y la 103, título 18, Partida 3.

La ley recopilada 1, título 18, libro 10, lo autorizó con mayor espresion, y la siguiente 2 la exigió tan solo en el testamento cerrado. Dudóse, pues, de la necesidad de la firma en el nuncupativo pero escrito ante escribano.

Gregorio Lopez, en la glosa 2 á la ley 2, título 1, Partida 6, sostiene la afirmativa, fundándose en la pragmática de Alcalá, ley recopilada 1, título 23, libro 10, que la exige en todos los instrumentos públicos, y en que el motivo y objeto de la ley son mas poderosos en los testamentos: lo mismo sostienen Covarrubias, Matienzo y otros.

El artículo, pues, no innova en esto; y es probable que su disposi-

cion, asi como la del siguiente, será comun á todos los instrumentos públicos en la ley nueva del notariado.

Lo hará por él uno de los testigos. Ni el Código Frances, ni el Sardo, ni otro estranjero ordenan esto; pero la ley recopilada 1, título 25, libro 10, lo dispuso para toda clase de instrumentos públicos; y el testamento lo es, y debe haber uniformidad en todos; pero repito que la ley del notariado lo ha de decidir.

ARTICULO 586.

Los testigos firmarán tambien el testamento; si no saben ó no pueden, dará fé el escribano, pero en todo caso ha de firmar, al menos, uno de ellos.

Vé lo espuesto en el 565 desde donde dice *el artículo* 974 *Frances* hasta el *primer párrafo del artículo.*

ARTICULO 569.

En el testamento cerrado deberán observarse las solemnidades siguientes:

1.ª *Que esté firmado por el testador, bien lo haya escrito él mismo ú otro de su órden; si no lo firmó por no saber ó no poder, lo declarará en el acto de la entrega, dando fé de ello el escribano, con espresion de la causa.*

2.ª *El papel en que esté escrito el testamento, ó el que le sirva de cubierta, estará cerrado y sellado, ó lo hará cerrar y sellar el testador en el acto de presentarlo, y lo entregará al escribano en presencia de cinco testigos, domiciliados en el lugar del otorgamiento, de los que tres al menos puedan firmar.*

3.ª *El testador, al hacer la entrega, declarará, en presencia de los mismos, que el contenido de aquel papel es su testamento.*

4.ª *El escribano dará fé de la presentacion y entrega con espresion de las formalidades requeridas en los números 2.° y 3.°, estendiéndola encima del testamento ó de su cubierta, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmarán por sí.*

5.ª *Por el testigo ó testigos que no sepan ó que no puedan firmar lo hará uno de los tres, cuyas firmas son necesarias.*

Lo mismo se practicará cuando el testador que firmó el testamento no pueda hacerlo en el acto de su entrega por algun impedimento que haya sobrevenido.

976 y 977 Franceses, 987 Holandes, 902 y 903 Napolitanos, 750

y 751 Sardos, 1577 y 1578 de la Luisiana: el 647 de Vaud no admite testamento cerrado ó místico, sino el ológrafo y el abierto: notaré las diferencias de ellos con nuestro artículo en los números siguientes.

Por Derecho Romano, en el testamento escrito, ora se hiciese paladinamente, ora en secreto, debian concurrir siete testigos que firmaban con el testador: si este no sabia ó no podia firmar era necesario un testigo mas; y todos habian de sellar el testamento con anillos propios ó agenos, párrafos 3, 4 y 5, título 10, libro 2, Instituciones; leyes 21 y 28, párrafo 1, título 23, libro 6 del Código: en el nuncupativo ó de viva voz era necesario el mismo número de testigos que viesen al testador y entendiesen lo que decia: las otras solemnidades no podian tener lugar en él, párrafo 14, título 10, libro 2, Instituciones, leyes 21 al principio, título 1, libro 28 del Digesto, 21, párrafo 2, y 26, titulo 23, libro 6 del Código.

La ley 1, título 1, Partida 6, viene á disponer lo mismo, solo que llama testamento nuncupativo (abierto) *al que se faze paladinamente ante siete testigos por palabra ó por escrito, y testamento in scriptis al que se faze por escrito, é non de otra guisa.*

Pero la ley 2, tomada de la 21, título 23, libro 6 del Código, da ya una idea clara del testamento cerrado (fecho en escrito y en poridad). Debe escribirlo el testador si supiere, y si no, hacerlo escribir *en poridad* por persona de su confianza: ha de doblarlo, poniendo en él siete cuerdas que lo cierren, de manera que queden colgadas para poner siete sellos: lo ha de presentar á siete testigos, diciéndoles que aquel es su testamento y pidiéndoles que pongan sus firmas y sellos: los testigos han de firmar en la cubierta ó doblez del testamento y poner sus sellos en las cuerdas: despues de ellos debe firmar el testador diciendo: «Yo otorgo que este es el testamento que yo fulano fize é mandé escrevir.» La ley recopilada 2, (3 de Toro) título 18, libro 10, dice que «han de intervenir á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano.»

Esta ley no habla, como la de Partida, de la rogacion de los testigos, ni de sus sellos, que sin duda no estaban en uso: pero yo no encuentro exactitud, ni con referencia á las leyes Romanas ni á las dos citadas de Partida, en lo que dice: «Testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*:» en una y otra legislacion podia testarse *por escrito*, ó paladinamente ó en poridad, y podia el testamento hacerse *in scriptis* sin ser cerrado.

Número 1. El artículo 977 Frances exige un testigo mas cuando el testador no sabe firmar, ó no ha podido hacerlo al mandar escribir su testamento: tambien lo exigian la ley 21, título 23, libro 6 del Código, la 11, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, y la recopilada (3 de Toro) que acabo de citar. Esta precaucion ha parecido inútil por la presencia y firmas de los otros testigos: así es que únicamente la ha copiado el artículo 903 Napolitano.

El artículo 750 Sardo exige, que, si el testamento fué escrito por un tercero, firme el testador todas las fojas.

Número 2. El artículo 976 Frances exige seis testigos, y que todos firmen; le siguen el 902 Napolitano, y el 1577 de la Luisiana; pero en el 1580 se añade, que, si alguno de los testigos no sabe firmar, se haga de esto mencion espresa, y que en todo caso hayan de firmar por lo menos dos testigos; el 987 Holandes se contenta con cuatro testigos, pero deben firmar todos: el 751 Sardo exige cinco, de los que al menos tres se hallen en el caso de firmar: ya queda espuesta la legislacion Romana y Patria.

Téngase presente que casi todos los Códigos citados exigen para el testamento abierto mas testigos que nuestra ley recopilada; ¿cómo pues exigiremos nosotros para el cerrado mayor número que el exigido por aquellos Códigos?

Ademas, el número setenario de testigos es de orígen Romano y por una causa imaginaria, á saber, el testamento pretorio *per æs et libram*, que se hacia por una venta imaginaria de la herencia en presencia de cinco testigos, el pesador *(libripens)* y el comprador ó heredero, y sin embargo aquel Derecho y las Partidas guardaban consecuencia exigiendo el mismo número en todo testamento; pero no lo habria en exigir tres para el abierto y siete para el cerrado, mayormente cuando por los Derechos mencionados no era necesaria la asistencia de escribano, y por la ley recopilada, sí.

Agréguese que en algunas provincias de Fueros, como en Cataluña, para el acto de la entrega, que del testamento cerrado hace el testador al escribano, bastan dos testigos que han de firmar sobre la cubierta del testamento, ley recopilada 28, título 15, libro 7.

Por estas consideraciones se ha bajado á cinco el número de testigos, como lo hace el Código Sardo: en los discursos 55 y 56 franceses sobre el artículo 976 pueden verse los motivos de adoptarse mayores precauciones en el testamento cerrado, pero hay algo de exageracion en ellos.

Los artículos 976 Frances, 902 Napolitano, 751 Sardo, 1578 de la Luisiana y el 987 Holandes, exigen en la presentacion ó entrega y suscricion del testamento cerrado su continuidad ó no interrupcion por otro

acto estraño: yo no encuentro motivada en los discursos franceses esta particularidad que no se prescribe para el testamento abierto; ni me satisface lo que dice Rogron en sus comentarios al dicho artículo 796, aunque tan meticulosamente que añade en seguida: «Tampoco parece que esta disposicion deba aplicarse con un rigor escesivo y minucioso:» el artículo citado es una copia casi literal del 9 de la célebre ordenanza de 1735.

Sellado etc. En la primitiva redaccion del artículo (por mí) faltaba esta circunstancia, á pesar de exigirse en los Códigos extranjeros: la ley recopilada no hizo mencion de ella, y los sellos son poco usados entre nosotros, sobre todo fuera de las grandes poblaciones; ademas, para un falsario diestro tan ligero es el obstáculo de un sello como el de una oblea.

Número 3. Los artículos extranjeros exigen que el testador declare que «el testamento está escrito y firmado por él, ó escrito por otro y firmado por él:» el final de la ley 2, título 1, Partida 6, parece coincidir con ellos: «este es el testamento que yo fize, é mandé escrevir.»

Pero, sin necesidad de que el testador lo declare, ¿no resultará esta circunstancia del mismo testamento? ¿Y la equivocacion, ambigüedad ó silencio del testador sobre ella, ha de anular enteramente el testamento?

Números 4 y 5. Dejo espuesto al principio de este artículo que en el testamento escrito eran necesarios por Derecho Romano siete testigos que lo firmasen todos y pusiesen sus sellos, y que tambien lo habia de firmar el testador, menos en el caso de haber escrito por su propia mano el testamento; *si litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat*, era necesario un octavo testigo que firmase por él, leyes 21 y 28, título 23, libro 6 del Código.

Las leyes 1 y 2, título 1, Partida 6, hablando del testamento escrito y del cerrado, ó *hecho en poridad*, copiaron las Romanas, añadiendo: «si alguno de los testigos non sopiere escrevir, cualquier de los otros lo puede fazer por mandado del:» y lo mismo «si el testador non supiesse é non pudiese escrevir.»

La recopilada 2, (3 de Toro) título 18, libro 10, dice: «Si los testigos no *supieren*, y el testador no *pudiere* firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano.»

Así aparecen la conformidad y diferencias de nuestra legislacion con la Romana: esta era tal vez demasiado severa exigiendo las firmas de los testigos, y el Código Frances la ha seguido en esto y en la necesidad de otro testigo mas en el caso espuesto: la nuestra es demasiado laxa disponiendo que un solo testigo sepa escribir para que pueda fir-

mar por los otros seis y por el testador, segun Gomez, número 31 á la dicha ley de Toro.

En el artículo se ha adoptado un término medio que concilia la mayor facilidad de disponer con las debidas precauciones de seguridad.

La ley Romana decia «*si litteras testator ignoret;*» y los glosadores la han interpretado «si no supiese escribir ó firmar,» negando la facultad de otorgar testamento escrito ó cerrado al que no sabe leer por la facilidad de que se le engañe.

Las dos leyes citadas de Partida son susceptibles de la misma duda, aunque usan de las palabras «si non sopiere escrevir,» pues guardan silencio sobre si ha de saber, ó no, leer.

La recopilada dice «si los testigos no *supieren*, y el testador no *pudiere* firmar», de lo que parece inferirse que el testador ha de saber firmar, pero que no puede hacerlo por algun impedimento. Corrobórase esta congetura al ver que, tratándose de los otros instrumentos, la recopilada 1, título 25, libro 10, dice, «si las partes *no supieren* firmar.»

Finalmente, la duda era igual ó mayor en las provincias de Fueros, donde, segun la letra de la ley recopilada 28, título 15, libro 7, se dispone que los dos testigos instrumentales hayan de firmar el acto de la entrega ó presentacion del testamento, y se calla sobre el testador.

El artículo corta esta duda: bastará, pues, que el testador sepa leer, aunque no escribir; si ignora uno y otro, se halla realmente en el caso del ciego, al que todas las legislaciones negaron la facultad de otorgar testamento *in scriptis* y cerrados.

Córtase tambien otra duda ó cuestion, que me atrevo á calificar de impertinente con la venia de Gregorio Lopez en su glosa 9 á la ley 1, título 1, Partida 6: el testamento cerrado no valdrá sin la asistencia y autorizacion del escribano, y á pesar de esto será necesaria su solemne apertura y publicacion al tenor del artículo 594 y siguientes, contra lo que opina Gomez, número 37 á la ley 3 de Toro.

Admitido el testamento ológrafo, será mucho menos frecuente el cerrado; pero conviene conservarlo para los que, sabiendo únicamente leer, busquen el secreto de sus disposiciones, ó la seguridad de que despues de su muerte no sea sustraido, cosa que puede acontecer fácilmente con el ológrafo.

Rogron al artículo 976 Frances pone y resuelve afirmativamente con la autoridad de un fallo del tribunal de Casacion la cuestion siguiente; *un testamento nulo como místico* (cerrado) *¿puede ser válido como ológrafo?*

Supónese que concurren en él todos los requisitos necesarios para la validez del testamento ológrafo, y se dice que el acto de la suscricion ó entrega y el testamento son dos cosas distintas, y las formalidades

que abundan, no vician un acto válido por otra parte en su propia forma.

Esta cuestion habia sido ya ventilada y decidida en el mismo sentido por los intérpretes del Derecho Romano, concretándola al testamento nuncupativo y al escrito: *¿valdrá como nuncupativo el escrito que es nulo por faltarle algunos de los requisitos de tal, pero que reune todos los de nuncupativo?*

Fundábanse los intérpretes en la ley 3, título 1, libro 29 del Digesto, segun la cual, no debe presumirse que el testador ha querido elegir precisamente aquel género de testamento por el que no puede tener efecto su voluntad, *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia*: la ley habla del que, pudiendo testar *jure militari, destinavit jure comuni testari*, y murió antes de concluir el testamento: no pudiendo valer este como testamento comun, valdrá como militar.

Pero añaden que, si el testador manifestó espresamente su voluntad de testar *in scriptis*, y lo profesó así ante los testigos, no valdrá el testamento ni como escrito, porque bajo este concepto es nulo, ni como nuncupativo, porque no cabe presuncion contra la voluntad manifiesta del testador.

Arguyen para esto con la ley 1, título 7, libro 29 del Digesto, *cum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur*: de aquí vino la cláusula *codicilar*, tan frecuente en los testamentos segun la citada ley 1, *velle hoc (testamentum) etiam vice codicillorum valere.*

Desterrados de este Código los codicilos, no podrán ya ocurrir tales dudas; pero siempre he tenido por escesivo y poco razonable este rigor Romano: lo que el testador quiere ante todo y sobre todo es testar, y que su voluntad sea cumplida, mientras haya términos hábiles y legales para ello: importará por lo tanto muy poco para resolver la cuestion propuesta que el testador haya dicho que otorga testamento místico ó cerrado: la equidad y el simple buen sentido rechazan la presuncion de que el testador no haya querido la subsistencia de su última voluntad, habiendo un medio legal para que subsista: lo mismo deberá decirse en otros casos parecidos.

ARTICULO 570.

El que no pueda hablar, pero sí escribir, podrá otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.° *El testamento ha de estar enteramente escrito y firmado de su mano, con la fecha del lugar, año, mes y dia.*

2.° *Al hacerse su presentacion y entrega, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, presentes el escribano y testigos, que aquel papel es su testamento.*

3.° *A continuacion de lo escrito por el testador dará el escribano fé, haciendo mencion especial de que se ha cumplido lo dispuesto en el número anterior.*

En lo demas se observará lo dispuesto en el artículo precedente.

Es el 979 Frances, copia del 12 de la Ordenanza de 1735, y copiado á su vez en el 755 Sardo, en el 988 Holandes, 900 Napolitano.

Esta disposicion trae su orígen de la ley 10, título 22, libro 6 del Código, que habla del sordo-mudo por algun infortunio ó enfermedad posterior al nacimiento[1], *si ponamus hujusmodi personam litteris scientem, omnia quæ priori* (al sordo-mudo de nacimiento) *interdicimus, hæc ei sua manu scribenti permittimus.*

Lo mismo se dispone en las leyes 6 y 13, título 1, Partida 6, que llama *letrado* al que sabe leer, mas no escribir: al contrario en la ley Romana citada *litteras scire* equivale á saber escribir; como en la 21, título 23, libro 10 del Código, *ignorare litteras* es no saber escribir: lo mismo en la ley 12, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo.

El artículo aprovechará hoy dia aun al sordo-mudo de nacimiento que sepa escribir: la razon de la ley Romana es la misma en este caso: no lo espresó porque entonces era desconocido el precioso descubrimiento de enseñar á leer y escribir á los sordos-mudos.

Enteramente escrito, etc.: no habiendo podido dictarlo el testador, es preciso que llene por sí mismo todas las formalidades que han de atestiguar su voluntad.

Por la misma razon debe escribir lo que se prescribe en el número 2: es de absoluta necesidad hacer aquí por escrito lo que se hace de palabra en el número 3 del artículo anterior. Pero no se exige que el testador firme esta declaracion: bastará la firma que debe poner con arreglo al número 4 del artículo anterior, cuyas formalidades deberán observarse en este ademas de las suyas particulares.

Escusado es advertir que los comprendidos en este artículo pueden hacer testamento ológrafo.

ARTICULO 571.

El escribano que haya autorizado un testamento abierto, ó la entrega de un testamento cerrado, deberá ponerlo en noticia de las personas interesadas, con toda la posible brevedad, desde que sepa la muerte del testador.

La misma obligacion tendrán los testigos en el caso del artículo siguiente, y aquel que tenga en su poder el testamento ológrafo ó cerrado.

En el caso de que los interesados sean desconocidos ó se hallen ausentes, deberá darse la noticia al juez.

El que dejare de cumplir ó retardare el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, será responsable de los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionaren.

El 990 Holandes dice: « El escribano que tenga en sus minutas un testamento de cualquiera especie que sea, estará obligado, cuando muera el testador, á ponerlo en noticia de las personas interesadas: « el 888 viene á disponer lo mismo: los dos callan sobre los testigos.

«Todo hombre que tubiere el testamento, muéstrelo ante el alcalde fasta un mes: si esto no fiziere, pierda lo que debe haber de la manda: y si ninguna cosa hobiere mandado en el testamento, pague el daño á la parte, y dos mil maravedis para la nuestra camara,» ley 15, título 5, libro 3 del Fuero Real, 5 recopilada, título 18, libro 10: la 11, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, impone tambien á los testigos, bajo pena de falsedad, la misma obligacion del párrafo 2 de nuestro artículo, dándoles el término de seis meses, y la 15 se ocupa de lo mismo en el caso de testamento escrito, y castiga su supresion, asi como la 1, párrafo 38, título 5, libro 16 del Digesto, castigaba al testigo que divulgaba los secretos del testamento.

Con toda la posible brevedad: al prudente arbitrio del juez, único apreciador de todos los hechos: un plazo fijo seria inaplicable á todos los casos y circunstancias.

El que dejare de cumplir: esta responsabilidad civil, aún no espresada aquí, tendria lugar por lo dispuesto en el artículo 1900: vé el articulo 126 y los en él citados.

SECCION III.

DE LAS SOLEMNIDADES DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES.

ARTICULO 572.

El que se hallare en peligro inminente por efecto de un ataque ó accidente repentino, que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo antes tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento ó ante dos con escribano; pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento, desde que el testador hubiere salido de la enfermedad ó peligro.

La misma facultad se concede al que se encuentre en una poblacion incomunicada por razon de peste ú otra enfermedad contagiosa.

Los motivos para conservar esta especie de testamento, que puede llamarse *rigorosamente nuncupativo*, constan en el apéndice número 3, pliego separado. El testamento llamado *sacramental* en Cataluña era mas lato, pues bastaban dos testigos, y podia otorgarse en sana salud por los ciudadanos de Barcelona y los vecinos de otros pueblos que participaban de su privilegio. Sin embargo, Fontanella, *decision* 376 *número* 3, dice: que apenas usaban de este privilegio sino los que se veian acometidos de una enfermedad ú otra desgracia repentina, de modo que no les fuera fácil testar de otra manera, y bajo este aspecto considera útil este privilegio. Habia de particular en estos testamentos, que, para elevarlos á escritura pública y protocolizarlos despues de la muerte del testador, debian ser examinados los testigos dentro de seis meses en la iglesia de San Justo y San Pastor, sobre el altar de San Félix Mártir: los de Gerona gozaban por costumbre de igual privilegio.

Sobre la disposicion de la ley 11, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, y sus palabras *instante quocumque periculo*, he hablado en el pliego suelto; en la 12 se permite testar de viva voz ante sus siervos al que muere en hueste ó romeria.

Como estos testamentos son los mas espuestos á fraudes, se ha creido que solo podian justificarse ó escusarse por la absoluta necesidad, y que cesando esta, deben tambien cesar los efectos de aquellos: con esto y con fijar un corto término para su protocolizacion, se conserva lo útil, y se alejan, en cuanto es posible, los inconvenientes.

En peligro inminente, etc.: pero saliendo el testador del peligro, aunque sigan los efectos del ataque, se estará al artículo siguiente.

ARTICULO 573.

El testamento otorgado con arreglo á las disposiciones del artículo anterior, quedará ineficaz pasados dos meses desde que el testador hubiere salido del peligro de muerte, ó se hubiere abierto la comunicacion ó pasado á otro pueblo no incomunicado.

El 987 Frances señala seis meses y habla solo del testamento hecho en una poblacion incomunidada por causa de peste; 915 Napolitano y 781 Sardo.

El término de seis meses podia pasar sin peligro en aquellos Códigos por lo que he espuesto sobre el párrafo 2 del artículo anterior; pero, admitido por nosotros el testamento puramente nuncupativo y sin escribano, conviene en el interes del mismo testador, abreviar el

érmino: la vida del testigo es insegura, y su memoria frágil: vé el artículo 597.

ARTICULO 574.

En tiempo de guerra, los militares en campaña, y demas individuos empleados en el ejército, los voluntarios, rehenes y prisioneros podrán otorgar su testamento ante un oficial que tenga, por lo menos, el grado de capitan, ante el auditor destinado á seguir el ejército, ó ante un comisario de guerra,

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el capellan ó cirujano que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el oficial que lo mande aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo, será siempre necesaria la presencia de dos testigos.

El artículo 981 Frances habla simplemente de militares y otros individuos empleados en el ejército, y en lugar de capitan señala un gefe de batallon ó escuadron, ú otro de grado superior, ó un comisario de guerra con dos testigos, ó dos comisarios de guerra sin testigos.

El 982 concede al testador herido ó enfermo que pueda testar ante el gefe de sanidad, acompañado del comandante militar que esté encargado de la policía del hospital.

El 983 limita el privilegio ó exencion á los que estén en espedicion militar, ó en cuartel, ó en guarnicion fuera del territorio frances, ó prisioneros en poder del enemigo; negándolo á los que estén de cuartel ó guarnicion en el interior, á menos de hallarse en plaza sitiada, ciudadela ú otro lugar, cuyas puertas estén cerradas, y las comunicaciones interrumpidas á causa de la guerra.

Los artículos Napolitanos 907, 908 y 909, son copia de los tres Franceses; el 972 Sardo copia al 981 Frances, añadiendo lo del Auditor, y el caso de hallarse el testador en destacamento: tambien permite que puedan ser testigos del testamento las mugeres mayores de 16 años.

El 793 Sardo añade al 982 Frances lo del «capellan ó cirujano de servicio.»

El 795 Sardo es copia del 984 Frances.

El artículo 993 Holandes dice: «En tiempo de guerra los militares y otros individuos empleados en los ejércitos, hallándose en campaña, ó en plaza sitiada, podrán hacer su testamento delante de un oficial, que tenga al menos el grado de teniente, en presencia de dos testigos.»

El 1590 de la Luisiana: «Los testamentos de los individuos emplea-

dos en el ejército pueden ser recibidos por un oficial comisionado en presencia de dos testigos, ó por los médicos que les asisten.

El artículo 4 Bávaro, capítulo 4, libro 3: «Para los testamentos de los militares en campaña bastan dos testigos, y pueden *serlo las mugeres.*»

El 599 Austriaco: «En cuanto á los testamentos militares se estará á las ordenanzas especiales.»

Los 177 y 183 Prusianos, título 12, parte 1: «En tiempo de guerra para los militares en campaña, ú otras personas obligadas á seguir el ejército, ó para los voluntarios, prisioneros de guerra, rehenes, etc., basta que el testamento esté escrito y firmado por el testador: si este no lo ha escrito, es necesario que un testigo firme con él:» se vé, pues, que nuestro artículo 574 está formado parcialmente de los Franceses, Sardos, Holandes y Prusianos.

Por Derecho Romano los militares *en espedicion* podian testar sin sujecion á ninguna solemnidad interna ni esterna: bastaba que de cualquier modo constase su voluntad, ó por haberla escrito ellos mismos, ó por haberla manifestado sériamente ante dos testigos *quo modo volent; quo modo poterint*: : *quocunque modo*: fuera de *espedicion*, aun durante la guerra, debian testar por derecho comun.

Este privilegio les fué concedido, no *propter nimiam imperitiam eorum*, como equivocadamente sienta Justiniano en el testo del título 11, libro 2, Instituciones: sino *ob inminens vitæ periculum*, segun las leyes 1, 34, párrafo 2, 33 y 40, título 1, libro 29, y la 1, título 13, libro 37 del Digesto; y por esto cesaba desapareciendo el peligro.

La ley 4, título 1, Partida 6, copió de las Romanas este privilegio á favor de los caballeros que estuviesen en hueste (espedicion): el último estado segun la ley recopilada 8, título 18, libro 10, era que todos los individuos del fuero de guerra gozasen de dicho privilegio en todo tiempo y lugar; concesion monstruosa, y que podia ser funesta á los mismos militares; ó ha de decirse, que las solemnidades y precauciones adoptadas por todos los legisladores en los testamentos son innecesarias y caprichosas.

Empleados. Este artículo debe entenderse tambien de los sirvientes de los oficiales que siguen á estos en campaña, *quia eadem pericula experiuntur*, que es la razon de la citada ley Romana 1, título 13, para estender el privilegio á todos los que *in hostico loco deprehensi erant*, aunque no fuesen militares.

Dos testigos: que tengan las calidades del artículo 589; el 792 Sardo admite á las mugeres para testigos de estos testamentos, como el 778 las admite en los hechos en pueblos incomunicados.

ARTICULO 575.

Los testamentos otorgados con arreglo al artículo anterior, deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por este al Ministerio de la Guerra; el cual practicará lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 582.

Es el 794 Sardo que ordena el depósito del testamento en los archivos de insinuacion del oficio ó secretaria del domicilio del testador: se ha cambiado esto para guardar mas analogía con lo dispuesto en el artículo 582.

El artículo Sardo no espresa quién ha de hacer la remision; pero á no dudar deberá hacerla el que recibió el testamento haciendo las veces de escribano.

ARTICULO 576.

Los testamentos mencionados en el artículo 574 caducarán cuatro meses despues que el testador haya dejado de estar en campaña.

Los artículos 984 Frances, 910 Napolitano y 796 Sardo, dicen: «Seis meses despues que el testador haya vuelto á un lugar, en donde pueda testar segun la forma ordinaria.»

El artículo 4 Bávaro, capítulo 4, libro 3: «Un año despues de haberse terminado la campaña, ó de haber sido licenciado el testador.»

El artículo 192 Prusiano, título 12, parte 1: «Los testamentos escritos de los militares (habla de los escritos y firmados por el testador, ó escritos por otros pero firmados por él con un testigo) son nulos un año despues de la paz.»

El 999 Holandes: «El testamento quedará nulo si el testador muere tres meses despues de haber cesado la causa, á menos de haber sido depositado en poder de un notario, con arreglo al artículo 979; es decir, para ser puesto en un protocolo, y á presencia de dos testigos.

Por Derecho Romano el testamento militar subsistia hasta un año despues de haberse obtenido la licencia ó retiro por motivos honrosos; párrafo 3, título 11, libro 2, Instituciones.

Entre nosotros, segun he dicho en el artículo 574, este privilegio no tenia límites, ni en el lugar, ni en el tiempo, ni en ninguno de sus efectos.

La causa del privilegio es el peligro de la vida y la dificultad de testar en la forma ordinaria; conviene, pues, fijar un plazo razonable para que, habiendo cesado la causa, cesen tambien sus efectos. Pero, si antes de haberse cumplido los cuatro meses, vuelve el testador á hallarse en situacion de poder testar militarmente, el testamento ante-

rior conservará su fuerza, porque no se cumplió la condicion que lo anulaba.

ARTICULO 577.

Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de accion de guerra ó naufragio, podrá otorgarse el testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero el testamento quedará ineficaz, si el testador se salva del peligro en cuya consideracion testó: si no se salvase, se practicará lo dispuesto en los artículos 597 *y* 598.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable á las tripulaciones y pasageros de los buques de guerra ó mercantes, en los casos que en él se espresan.

El primer párrafo está tomado del 192 Prusiano, título 12, parte 1, y de los artículos 2 y 5, título 6, tratado 6 de las ordenanzas de la Armada de 1748.

Los casos de este artículo por su notoria urgencia merecian bien una escepcion de lo dispuesto en el 574; pues de otro modo seria difícil que pudiesen testar los militares, precisamente en los momentos en que son acreedores á mayor consideracion.

Por el testamento etc. Esta restriccion, tomada tambien del artículo Prusiano citado, es aconsejada por el interes de los mismos testadores, cuya herencia no debe quedar espuesta á una prueba equívoca y fugitiva desde que pueden testar por derecho comun ó con arreglo al artículo 574: esto mismo se prescribe en el artículo 572 para un caso parecido.

Lo dispuesto etc.: porque el peligro y la dificultad de testar de otro modo son iguales en los buques mercantes que en los de guerra, en las tripulaciones y pasageros que en los militares, y *ubi eadem est ratio, eadem esse debet legis dispositio*: vé el artículo 574, y lo en él espuesto.

ARTICULO 578.

En alta mar y durante el viage, los testamentos serán otorgados en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos; el capitan del buque, ó el que haga sus veces, pondrán ademas el visto bueno.

En los buques mercantes será autorizado por el capitan ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos.

En uno y otro caso los testigos serán tomados con preferencia de entre los pasageros, caso de haberlos.

La disposicion de este artículo es aplicable, no solo á la tripulacion, sino tambien á los pasageros; pero cesa para todos, cuando el buque se halla en un puerto español ó estranjero.

Es claro que el artículo habla del simple viage en alta mar, fuera de los casos estraordinarios del anterior.

Nada mas breve y sencillo en esta materia que el artículo 994 Holandes y el 1594 de la Luisiana, únicos en que se trata de ella: dos testigos segun el primero; tres segun el segundo, y el capitan ó patron, ó el que haga sus veces.

El Código Frances es muy esmerado y minucioso en sus artículos 988 al 997: el Sardo le ha copiado con ligerísimas diferencias en los suyos desde el 782 al 791.

Los dos Códigos ordenan que en los buques de guerra el testamento sea recibido por el capitan ó el que haga sus veces con el oficial de la administracion civil segun el Frances, comisario de marina segun el Sardo, y á presencia de dos testigos: yo supongo que el tal oficial ó comisario equivale á nuestro contador; y advierto de paso que los artículos franceses han sido tomados en parte de su ordenanza de marina de 1681 y de su comentarista Valin.

El artículo 4, título 6, tratado 6 de las Ordenanzas de la Armada de 1748, dispone, que se pueda testar de palabra ó por escrito ante dos ó tres testigos, concurriendo al acto, si fuere posible, el contador del bagel ó el que ejerza sus funciones.

Pero he sido informado por persona competente, que en la práctica se requiere ademas el visto bueno del segundo comandante del buque: como no se alcanza la razon de haber de ser el segundo comandante, y no el primero, se ha preferido á este; asi, nuestro artículo viene á coincidir en su fondo con el 988 Frances y 782 Sardo.

En los buques mercantes. El citado artículo Frances exige la concurrencia de *l' ecrivain du navire* que el Sardo llama *segundo*, y la del capitan ó patron con dos testigos: así, se guarda consecuencia con lo dispuesto para los buques de guerra.

Este punto, que puede ser frecuente y siempre será importante, no ha sido aún previsto en nuestras ordenanzas, ni en otra disposicion especial: se me ha remitido á la seccion 2, título 1, libro 3, del Código de Comercio, y no he encontrado sino remotas y forzadas inducciones en su artículo 647: pero, como los hechos no dejan de tener lugar por el silencio del legislador, se me ha asegurado que en la práctica se sigue lo que se consigna en el artículo.

Tomados con preferencia. Así lo dispone el artículo 1594 de la Luisiana, y el citado 647 del Código de Comercio para otro acto análogo. Los pasageros, á quienes se debe suponer domicilio fijo, podrán

ser habidos para testificar, cuando fuere necesario, con mas facilidad que la gente de mar: fuera de que son mas imparciales, por menos sujetos á la influencia de los gefes del buque.

La disposicion, etc. Este párrafo es conforme á los artículos 994 y 995 Franceses, 914 y 915 Napolitanos: el 791 Sardo y 1597 de la Luisiana lo siguen en la primera parte y callan sobre la segunda. Nada se habia previsto en las ordenanzas de la Armada, ni en otra disposicion posterior, respecto á los pasageros; y en cuanto á la práctica los informes han sido contradictorios.

Tambien á los pasageros: por lo espuesto en el último párrafo del artículo anterior: el caso es absolutamente igual respecto de los pasageros que de la tripulacion: los motivos y objeto de la ley son los mismos.

Pero cesa para todos: por la razon contraria á la *ubi eadem est ratio*; cesando la razon de la ley, debe tambien cesar su disposicion: los testamentos menos solemnes se llaman con igual propiedad privilegiados, y la necesidad, que fué la causa del privilegio, no existe cuando el buque se halla en un puerto: se estará, pues, al artículo 585, si el puerto es estranjero.

ARTICULO 579.

Los testamentos del contador y capitan del buque de guerra, ó mercante, serán autorizados por el que les sustituya, observándose para lo demas lo dispuesto en el artículo anterior.

Es el 989 Frances, 785 Sardo, 915 Napolitano, y una consecuencia del artículo anterior; no pudiendo ellos autorizar su propio testamento, debe hacerlo el que los siga en el órden del servicio.

ARTICULO 580.

Los testamentos serán custodiados entre los papeles mas importantes del buque, y se hará mencion de ellos en el diario.

Es el 787 Sardo, que añade «é sul ruolo di equippagio» (rol de la tripulacion): tal vez sea el libro 5.°, que en el artículo 646 del Código de Comercio se llama *diario de navegacion.*

En el artículo 15 de los citados títulos y Tratado de las Ordenanzas de 1748 se dice: «cada contador de bajel de la Armada, debe tener un libro en que escriba los testamentos;» y por Real órden de 14 de agosto de 1751 los testamentos originales á bordo deben ser guardados por el oficial de órdenes para los fines que previene la Ordenanza; y la copia debe guardarla el contador del navío con la apuntacion que este debe hacer en el libro.

ARTICULO 581.

Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe á puerto estranjero antes que á otro del reino, el capitan entregará una copia del testamento, cerrada y sellada, al agente diplomático ó consular que allí resida.

La copia ha de llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron, é irá acompañada de la nota tomada en el diario.

El agente diplomático ó consular hará estender por escrito diligencias de la entrega, y lo trasmitirá todo al Ministerio de Marina, quien lo mandará depositar en el archivo de su Ministerio.

El capitan que haga la entrega, recogerá del agente diplomático ó consular certificacion de haberlo verificado, y tomará nota de ello en el diario.

Parecia que este artículo y el siguiente solo debian proceder cuando el testador haya muerto en el viage, aunque no se espresa en los Códigos modernos; pero puede ocurrir la arribada forzosa á un puerto estranjero para luego continuar el viage: ademas el artículo 583 hace necesarios este y el siguiente artículo aun cuando viva el testador.

Nada se halla previsto en las Ordenanzas de la Armada sobre el contenido de este artículo en cuanto á los buques de guerra, ni encuentro nada en el Código de Comercio en cuanto á los mercantes, á pesar de habérseme remitido á él confiadamente: nadie me ha dado luces sobre la práctica, de lo que infiero que no la hay en este punto.

El artículo se compone del 991 Frances ó 917 Napolitano, y de los 788 y 789 Sardos, que están conformes en el fondo. Pero todos tres giran sobre el supuesto de haberse de hacer dos originales del testamento, y ordenan la entrega de uno de ellos al agente consular.

Mas pueden atravesarse graves dificultades para este doble original en ciertos casos críticos y repentinos; el testador podrá firmar el primero, y no el segundo, por agravarse ó morir: la copia, sobre todo con los requisitos de nuestro artículo, puede suplir la pérdida ó estravío del original: segun el Código Frances, los dos originales deben depositarse en un mismo lugar; segun el Sardo, ha de quedar uno en la secretaría de Marina; nuestro artículo ordena esto mismo respecto de la copia.

ARTICULO 582.

Cuando el buque de guerra ó mercante arribe al primer puerto del reino, el capitan entregará el testamento, cerrado y sellado, á la au-

toridad marítima local; y se ejecutará todo lo demas que se dispone en el artículo anterior.

El Ministro de Marina remitirá el testamento y demas diligencias á la autoridad judicial del último domicilio del difunto, y esta las hará incorporar en los protocolos del escribano numerario mas antiguo del domicilio, si hubiere mas de uno.

No conociéndose al testador ningun domicilio, la incorporacion se hará en los protocolos del escribano numerario mas antiguo del primer juzgado de Madrid.

Está compuesto de los 991 y 992 Franceses, 917 y 918 Napolitanos, 788 y 789 Sardos. El 991 Frances dispone que se deposite el testamento en la escribanía ú oficio de la justicia de paz del lugar del domicilio del testador, y calla sobre el caso de no conocerse domicilio.

El 789 Sardo dice: «en el oficio de insinuacion del lugar del domicilio del testador, si es conocido; y no siéndolo, en el de Turin:» nuestro artículo viene á conservar su espíritu; la disposicion del artículo Frances no puede todavia practicarse literalmente entre nosotros.

ARTICULO 583.

El testamento otorgado con arreglo al artículo 578, caducará pasados tres meses desde que el testador ha tomado tierra en un lugar donde puede testar segun la forma ordinaria

El 996 Frances, 790 Sardo y 916 Napolitano, señalan tres meses: nuestro artículo es un término medio entre el 573 y 576.

ARTICULO 584.

En todos los testamentos especiales la persona autorizada para recibirlos observará lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 565, y en los artículos 567 y 568.

El 998 Frances, 924 Napolitano y 785 Sardo, repiten lo dispuesto en otros artículos acerca de las firmas del testador y de los testigos: con la referencia que aquí se hace, es innecesaria la repeticion.

ARTICULO 585.

Los testamentos otorgados en pais extranjero con las solemnidades usadas en el mismo son válidos.

El español podrá ademas otorgar testamento ológrafo con arreglo al artículo 564, sin el requisito del papel sellado.

Conforme con el 999 Frances, 1589 de la Luisiana, 659 de Vaud y 925 Napolitano.

El 797 Sardo añade, que «los hechos en el extranjero por súbditos del Rey y que no hayan sido recibidos por un notario ú otro oficial público, no surtirán efecto en el reino:» téngase presente que el Código Sardo no admite el testamento ológrafo: el 992 Holandes dispone lo mismo, aunque se cree que sea sin perjuicio de lo dispuesto en el 982, tambien Holandes.

Pero nótese que los Códigos citados, aun los que reconocen al súbdito el derecho de otorgar en el extranjero testamento ológrafo, no admiten, fuera de este caso, por válido, sino el otorgado en instrumento auténtico, observándose las solemnidades del pais en que se otorga.

El 1589 de la Luisiana es mas general y sencillo: «Los testamentos hechos en el estranjero son válidos, si están revestidos de las formalidades usadas en el lugar en que son hechos:» por esto ha sido preferido para formar la primera parte del nuestro.

Guarda conformidad este artículo con el 10 nuestro; ó mas bien es una consecuencia y aplicacion del mismo: vé, lo allí espuesto.

Testamento ológrafo. Este puede otorgarse en todos los casos de la presente seccion sobre testamentos especiales, porque es un testamento comun y tan perfecto como el abierto y cerrado, segun el artículo 563: el favor especial por razon de circunstancias determinadas no quita el beneficio general ó derecho comun.

ARTICULO 586.

Podrá tambien el español que se encuentre en un pais estranjero otorgar su testamento, abierto ó cerrado, ante el agente diplomático ó consular de S. M. residente en el lugar del otorgamiento: y, en este caso, se observará todo lo dispuesto en los artículos 565 *al* 570 *inclusive, menos en cuanto á la calidad de domicilio en los testigos.*

Ha sido tomado del 798 Sardo: «los cónsules ó vice-cónsules del rey están autorizados para recibir en su residencia los testamentos públicos ó secretos que los súbditos quieran hacer allí.»

Yo presumo que esto mismo se practicará por todos los gobiernos, aunque no se halle espreso en sus Códigos, por redundar en beneficio de los súbditos respectivos.

El artículo Sardo dispensa para este caso en los testigos la calidad ó circunstancia, necesaria en todos los otros testamentos, de haber de ser súbditos del rey.

Tengo por justa esta escepcion, y la hago extensiva al artículo anterior; de otro modo seria imposible al español en muchos casos testar en el estranjero: téngase presente para el artículo 589.

ARTICULO 587.

El agente diplomático ó consular remitirá copia del testamento, si es abierto, ó de la diligencia del acto de su presentacion, cuando sea cerrado, á la primera secretaria de Estado para ser depositado en el archivo.

Cumplirá, ademas, el mismo agente cuanto sobre testamentos le incumba hacer por los reglamentos que le conciernen.

Es el 799 Sardo, salvo que el lugar del depósito debe ser otro.

Tal vez habria mas consecuencia en que el Ministro de Estado practicase aqui lo prescrito para los de Guerra y Marina en los artículos 575 y 582.

ARTICULO 588.

La inobservancia ó falta de cualquiera de las solemnidades prescritas en esta y en la anterior seccion anula el testamento.

Conforme con el 1001 Frances, 1589 de la Luisiana y 1000 Holandes: el 802 Sardo enumera las disposiciones cuya inobservancia acarrea la nulidad del testamento; lo mismo hace el 657 de Vaud.

El 927 Napolitano pone dos casos de escepcion á la regla general de este artículo:

1.ª Si se ha omitido hacer mencion espresa que el testamento ha sido escrito de la mano misma del notario á quien ha sido dictado; pero se ha de probar legalmente que realmente ha sido escrito por él.

2.ª Si se han omitido algunas formalidades á cuya omision no se haya impuesto la pena de nulidad: esta escepcion, como se vé, es muy lata.

Concuerda tambien el artículo con las leyes 12 y 21, título 23, libro 6 del Código, y la 32, título 9, Partida 6.

Pero si á pesar de la omision y consiguiente nulidad ha sido ejecutado voluntariamente el testamento nulo, no podrá despues decirse de nulidad: esto mismo se dispone para los contratos en el artículo 1187, y el error de derecho no escusa ni aprovecha segun el 989.

SECCION IV.

QUIENES PUEDEN SER TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS.

ARTICULO 589.

En todos los testamentos, de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, súbditos del rey, y que no hayan

sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio ó en instrumento público.

El artículo 975 Frances prohibe que sean testigos en el testamento abierto los legatarios, sus parientes ó afines dentro del cuarto grado, y los amanuenses del escribano que lo autoriza: el 980, relativo al testamento abierto y cerrado, dispone lo mismo que este, salvo que exige que sean mayores de edad.

El Código Napolitano en sus artículos 901 al 906 ha adoptado los dos Franceses; lo mismo el de Vaud en los 655 al 656, y el Holandes en el 991 el de la Luisiana 1585; el 135 Prusiano prohibe tambien legar á los testigos y la ley 3, título 5, libro 3 del Fuero Real: el Sardo en el 754, ha adoptado el 980 Frances; en él escluye tambien á los practicantes ó amanuenses, pero no á los legatarios y sus parientes ó afines, contentándose con declarar en el artículo 800 la nulidad de la sustitucion y legados: los 591 y 592 Austriacos excluyen á los que han hecho votos, á los menores de 18 años en ambos sexos, á los imbéciles, ciegos, sordo-mudos, á los que no entienden la lengua del testador ú han sido condenados por falsarios.

Varones. Conservamos en esto la legislacion Romana y Patria, que es tambien la de todos los Códigos: *neque mulier, neque impuber*, párrafo 6, título 10, libro 2, Instituciones; ley 9, título 1, Partida 6. La prohibicion Romana vino sin duda del orígen político de los testamentos que se hacian en los comicios calados; pero ha subsistido por temerse que la debilidad é inesperiencia del sexo favorecieran las maniobras de la codicia; hay quien dice que el testigo aqui egerce *munus publicum*, y que las mugeres por decoro están alejadas de todo cargo público.

Yo creo que esta prohibicion deberia regir en todo instrumento público, y que podria disponerse asi en la ley del Notariado; ni las leyes de Partidas ni las Recopiladas lo han dispuesto especialmente, aunque la 53, título 18, Partida 3, hablando de los testigos en todo instrumento público, dice «*omes buenos*», y sin embargo asi se ha observado y observa, por manera que la opinion y el buen sentido tienen decidido este punto.

Por la Novela 48 del emperador Leon se prohibió á las mugeres ser testigos en los contratos, porque esto *muliebris sexus submissos morem, pudoremque adimit, atque ipsas ad inverecundiam et procacitatem exercet.*

Catorce años. Conforme al párrafo Romano y ley de Partida citados, contra los Códigos modernos que exigen la mayoría de edad: ¿cómo no ha de poder ser testigo el que pueda testar?

Que no hayan sido, etc. Los Códigos modernos dicen «que no ha-

yan incurrido en la pérdida de los derechos civiles;» pero nosotros no hemos formado un título especial del goce y privacion de los tales derechos como lo formaron aquellos: ha sido, pues, forzoso referirse generalmente á las disposiciones del Código penal.

ARTICULO 590.

No pueden ser testigos del testamento.

1.° *Los amanuenses del escribano que lo autorice.*

2.° *Los ciegos, y los que no entiendan el idioma del testador.*

3.° *Los totalmente sordos ó mudos.*

4.° *Los que no estén en su sano juicio; pero los locos ó dementes podrán serlo en sus lúcidos intervalos.*

5.° *Los que no tengan la calidad de domiciliados, cuando la ley la requiere espresamente.*

Número 1. En el artículo anterior he notado lo que sobre los amanuenses disponen los Códigos extrangeros.

Fúndase esta prohibicion en la influencia directa que el escribano ejerce sobre sus amanuenses y de la que se ha abusado en mas de una ocasion; por manera que convendria extender esta prohibicion á toda clase de instrumentos.

Número 2. En cuanto á los ciegos, concuerda con la ley 9, título 23, libro 6 del Código, *si testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet;* lo que igualmente se espresa en el Código Bávaro, artículo 8, capítulo 3, libro 3, y en los artículos Austriacos citados.

Los otros Códigos y nuestra legislacion Patria callan sobre esta prohibicion ó impedimento. Tal vez en las respectivas leyes sobre notariado se haya llenado este vacío; el impedimento es de una necesidad tan evidente, que, á pesar del silencio de los Códigos, los tribunales lo han admitido y sancionado en la práctica, asi como el de los sordo-mudos y los que no entienden la lengua del testador: Rogron comentando el artículo 980 Frances cita un fallo del Tribunal de Casacion en este sentido.

Y en efecto, ¿podrá un ciego firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma, es el que realmente quiere firmar? ¿Podrá responder de la identidad del testador, no pudiendo verle, ó de que no testa un vivo tomando el nombre y voz de un muerto? Por esto mismo se estiende aun á los testigos no ciegos la necesidad de ver al testador y entender lo que dispone; vé el artículo 565.

El testimonio del que no entiende la lengua del testador no puede conducir á nada; este caso es igual al de los totalmente sordos.

He citado el artículo Austriaco que así lo dispone espresamente y lo mismo se lee en el 991 Holandes: la práctica, fundada en la simple y sana razon, y en la absoluta necesidad ó imposibilidad ha suplido en todos los paises y en el nuestro la omision ó el silencio de las leyes; y yo no alcanzo, cómo pudiera observarse la ley 20, párrafo 8, título 1, libro 28 del Digesto, que dice categóricamente: *non tamen intelligentiam sermonis exigimus:: sufficit enim, si vel sensu quis percipiat, cui rei testis adhibitus sit:»* segun algunos, la ley Romana habla del testamento cerrado.

El artículo 746 Sardo dispone, que el escribano conozca la persona del testador ó se asegure de su identidad y que se haga mencion de esto.

No tenemos ley que tal ordene para los testamentos; pero la 2, título 23, libro 10 de la Novísima Recopilacion, dispone en general para todos los instrumentos, que, si el escribano conoce á las partes, dé fé de ello; si no las conoce, no los autorice á menos que aquellas presenten dos testigos que digan que las conocen, y que de esto se haga mencion al fin de la escritura. La 54, título 18, Partida 3, dice: «E deve ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien faze las cartas, quien son, é de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningund engaño.»

Este punto podrá ser una disposicion general de la ley del notariado, teniendo presente que, en algunos de los testamentos especiales, podrá ocurrir con frecuencia dificultad é imposibilidad de cumplirse.

Número 3. *Neque mutus, neque surdus*, párrafo 6, título 10, libro 2, Instituciones: «ni en los mudos; ni en los sordos,» ley 9, título 1, Partida 6: el artículo Bávaro citado dice: «los sordos mudos.»

Fácil es dar la razon, aun cuando estos dos defectos se hallen separados; el totalmente sordo no puede entender al testador, y el mudo no puede deponer.

Hay sin embargo de particular que estos defectos no son impedimentos para testar, ni cuando esten juntos en el caso del artículo 570: el silencio de todos los Códigos modernos, fuera del Bávaro, merece atencion; ó no lo creyeron necesario por ser tan óbvio el impedimento, ó callaron por haberlo previsto en la ley del notariado, ó en los Códigos de procedimientos; lo natural y lógico seria hablar aquí de los impedimentos especiales en materia de testamentos, no de los generales y absolutos: vé lo que con referencia á Rogron he dicho en el número 2.

Número 4. Concuerda con la ley 20, párrafo 4, título 1, libro 28 del Digesto, y la 9, título 1, Partida 6.

El Código Bávaro dice: «los imbéciles, los borrachos;» nuestro artículo comprende á unos y á otros: los demas Códigos callan, sin duda

por la notoriedad del impedimento, y repito sobre esto las observaciones del número anterior.

Esceptúanse de la prohibicion los lúcidos intervalos, porque en ellos se permite testar, y habria inconsecuencia en negar lo menos á quien se concede lo mas.

Número 5. El testigo á quien falta alguna de las calidades legales no es testigo legal.

Con este motivo se ha suscitado la cuestion de si el error comun ó la opinion pública sobre la calidad ó capacidad del testigo constituye derecho, de modo que no pueda anularse el testamento porque despues se descubra la falta de la tal calidad ó capacidad.

La cuestion se halla resuelta por la validez del testamento en el párrafo 7, título 10, libro 2, Instituciones, en la ley 1, título 23, libro 6 del Código, y en la ley 9, título 1, Partida 6, poniendo por ejemplo haber resultado ser esclavo uno de los testigos que al tiempo de hacerse el testamento era generalmente reputado por hombre libre. Rogron, comentando el artículo 980 Frances, copia un fallo del Tribunal de Casacion en el mismo sentido; é igual es el espíritu de nuestro artículo, porque nada puede objetarse al testador que ignoró lo que todos ignoraron y creyó lo que todos creyeron: por otra parte, en caso de duda ha de estarse por la subsistencia de las últimas voluntades, cuya interpretacion debe ser lata, benigna y favorable.

De aquí han tomado ocasion los autores para disputar si lo actuado por un escribano, ó funcionario que en la opinion comun era tenido por tal, pero que tenia impedimento para serlo, será ó no válido; y fundándose en la ley 3, título 14, libro 1 del Digesto, deciden que, si él mismo por su autoridad privada se arrogó aquel concepto ó funciones, será nulo todo lo por él actuado, á pesar del error comun; pero que será válido cuando el Príncipe ú otra autoridad competente le haya revestido de tal carácter ó funciones por error, creyéndole, por ejemplo, hombre libre siendo realmente esclavo, que es el caso de la ley citada.

Tengo por discreta y razonable esta distincion, aunque no pretendo que esta opinion mia particular haya de servir de regla en los casos que ocurran, y necesariamente han de ser raros: aquella ley es escepcional, y por lo mismo no admite interpretaciones extensivas: el caso de revestirse uno de carácter público por autoridad privada, es muy diferente y menos favorable que el de haber errado el Príncipe en las calidades de la persona, cuando por otra parte podia él mismo, por punto general, haberlas dispensado.

No se inhabilita aqui á los pródigos para ser testigos, como no se les inhabilita en la seccion siguiente para testar, á pesar de hallarse or-

denadas ambas cosas en la legislacion Romana y Patria: el Código Bávaro dispone lo mismo en sus artículos 1 y 7, capítulo 3, libro 3. Tengo por inexacta y falsa la comparacion de los pródigos con los furiosos, y por exageradas, cuando no absurdas, las consecuencias sacadas de ella. ¿Incurre el pródigo en la pérdida de los derechos civiles? ¿Tiene prohibicion absoluta para ser testigo? Aun los furiosos pueden testar y ser testigos del testamento en sus lúcidos intervalos; ¿cómo negar esta lucidez habitual al pródigo en todo lo que no tiene roce ni analogía con la causa y objeto de la interdiccion? «*Prodigus testari non potest quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.*» Ulpiano, título 20, párrafo 13, con referencia al 1 del testamento *per æs et libram*, ó venta imaginaria, *et hoc testamenti genus diutius permansit*, párrafo 1, título 10, libro 2, Instituciones.

El pródigo no podia vender; no podia, pues, otorgar un testamento que por sus solemnidades era venta, aunque imaginaria: tal es el orígen y causa de la prohibicion de testar impuesta al pródigo, y la prohibicion continuó por rutina ó respeto supersticioso, aun despues de variada la forma de los testamentos, como continuaron otras varias cosas parecidas. Si pródigo es, *qui neque modum, neque finem impensarum habet, qui furiosum rerum usarum exitum facit*, y se le da curador *ne in egestatem perducatur*, segun las leyes 1, título 10, libro 27, y 12, título 5, libro 26 del Digesto, ¿cuadra ninguna de estas razones al testamento? ¿Hay riesgo en que se empobrezca un muerto? Por esto el mismo Gomez, número 14, á la ley 3 de Toro, dice: *valde dubito de ratione prohibitionis*; y dejo aparte, que el testamento es un acto muy sério, y mas propio para hacer entrar en razon al pródigo, que para inspirarle estravíos.

Téngase tambien presente que la parte disponible, en caso de herederos forzosos, es muy corta para que puedan estos querellarse fundadamente de ofensa ó daño, ni podria conservarse la tal prohibicion, atendido, lo que respecto del pródigo, se dispone en los artículos 285 y 303.

El Código Frances y los que le han seguido en no admitir la interdiccion absoluta por causa de prodigalidad, y sí solo un consultor judicial, son consiguientes en no prohibir al pródigo el testar ó ser testigo: el Código Sardo ha admitido uno y otro en sus artículos 569, 580 y 581; y sin embargo, en el 704 le permite testar con unas diferencias de casos y efectos, cuya justificacion ó motivos no alcanzo: lo mismo digo del artículo 568 Austriaco, y del 27 al 34, título 12, parte 1.ª, del Prusiano, por los que solo se permite al pródigo testar de la mitad de sus bienes, como si en un mismo acto pudiera ser medio loco y medio cuer-

do. Por la Novela 39 del Emperador Leon, valia el testamento del pródigo, *si in eo prodigi mores non conspiciuntur.*

ARTICULO 591.

Para calificar la edad de los testigos, se ha de atender al tiempo en que fué hecho el testamento.

Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore: si igitur (tunc) cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, ley 22, párrafo 1, título 1, libro 28 del Digesto; é igual es el espíritu de las 2, 3 y 13, título 5, libro 22: por la misma razon es válido el instrumento hecho por funcionario hábil al tiempo de autorizarlo.

CAPITULO III.

De la apertura, publicacion y protocolizacion de algunos testamentos.

SECCION PRIMERA.

DE LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFO Y CERRADO.

ARTICULO 592.

El testamento ológrafo y el cerrado, antes de recibir ejecucion, deben ser presentados al juez del último domicilio del testador.

El juez, antes de proceder á otro acto ulterior, se cerciorará por sí, siendo posible, y en otro caso por la prueba que deben dar los interesados, de la muerte del testador.

En el título 32, libro 6 del Código, y 3, libro 29 del Digesto, se trata de la apertura de los testamentos cerrados, y sus disposiciones fueron adoptadas en el título 2, Partida 6; vienen á ser, con ligerísimas diferencias, las mismas de este capítulo. Las relativas á la apertura del testamento ológrafo, desconocido en aquellas legislaciones, son tan sencillas y naturales, que en su fondo se hallan adoptadas por todos los Códigos modernos.

El testamento ológrafo no pasa de ser un acto ó papel privado; y, aunque el místico ó cerrado se entrega á un escribano, es secreto en sus disposiciones. Asi, antes de ponerlos en ejecucion, conviene practicar ciertas solemnidades para reconocer su existencia y disposiciones, ó impedir que puedan ser alteradas por personas interesadas en hacerlo.

El artículo 1007 Frances dice: «al Presidente del Tribunal de pri-

mera instancia del distrito en que se abre la sucesion.» En los Códigos de la Luisiana, Sardo, Holandes, etc., se dice: «al juez del canton, de la parroquia, etc.:» la ley 2, título 2, Partida 6, dice simplemente «al juez.»

Aunque por la ley orgánica de tribunales lleguen á establecerse colectivos de primera instancia, no estaré por la disposicion del Código Frances, sino por los jueces de partido, caso que se conserven bajo cualquier concepto: así lo aconsejan la economía y brevedad.

En el artículo 787 se han confiado al alcalde del domicilio del difunto algunas diligencias en materia de herencia; pero las de este capítulo son muy delicadas é importantes, y sin duda por esto nunca se practicaron ante los alcaldes ordinarios.

ARTICULO 593.

El testamento ológrafo será abierto por el juez si estuviere cerrado. En seguida lo leerá y procederá al exámen de testigos que reconozcan el testamento, declarando, si por el conocimiento que tenian de la letra del testador, lo tienen como escrito y firmado de mano propia del mismo.

Resultando la identidad en concepto de los testigos, el juez rubricará al principio y fin de cada una de sus páginas, y lo mandará entregar con todas las diligencias al escribano actuario, para que obre en sus protocolos y se den copias á quien corresponda.

Está tomado de los artículos 1648 y 1650 del Código de la Luisiana; el 1007 Frances, seguido por el 933 Napolitano, es mas diminuto. En el 996 Frances de procedimientos civiles se habla de algo parecido á esto; y como quiera, este artículo habrá de ponerse en armonía con el futuro nuestro de procedimientos: el 1648 de la Luisiana no exige mas que dos testigos dignos de fé.

Escusado es decir que lo primero que ha de probarse ha de ser la muerte del testador: «Seyendo muerto el que fizo el testamento» ley 1, título 2, Partida 6, y la 2, párrafo 4, título 3, libro 29 del Digesto hablando del testamento cerrado, que para este efecto viene á ser lo mismo.

ARTICULO 594.

El testamento cerrado no podrá ser abierto sino despues que el escribano y testigos instrumentales reconozcan ante el juez sus firmas y la del testador, cuando la haya; declarando al mismo tiempo si en su concepto está cerrado y sellado, como lo estaba en el acto de la entrega.

Si no pueden comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad, ó ausencia fuera de la provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte y del escribano.

El artículo 1643 de la Luisiana requiere por lo menos la presencia de cuatro de los testigos exigidos por aquel Código en el artículo 1577; el 1007 Frances requiere para la apertura de este testamento la presencia de los notarios y testigos que firmaron el acto de la suscricion ó entrega, si se encuentran *sur les lieux* ó llamándolos debidamente.

Concuerda el artículo con las leyes 4, 5, 6 y 7, título 3, libro 29 del Digesto, y con las 1, 2 y 3, título 2, Partida 6. Las Romanas dicen: *cum ab initio aperiendæ sunt tabulæ, prætoris id officium est: cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere: vel negare se signasse. Publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere:: Sed si major pars signatorum fuerit inventa, poterit ipsis intervenientibus resignari testamentum et recitari.*

ARTICULO 595.

Si por iguales causas no pudieren comparecer el escribano, la mayor parte de los testigos, ó ninguno de ellos, el juez lo hará constar así por informacion como tambien la legitimidad de las firmas, y que al otorgarse el testamento se encontraban en el lugar en que se otorgó.

En todo caso, los que comparecieren reconocerán sus firmas.

Las mismas leyes citadas en el anterior. El Jurisconsulto Paulo, *sententiarum receptarum*, número 1, libro 4, título 6, dice: *Deinde signo público obsignatum in archium redigatur.*

Entre los Romanos estaba previsto y castigado el caso de abrir y divulgar un testamento secreto, ley 1, párrafo 38, título 3, libro 16 del Digesto; y con dificultad escaparia hoy este caso á las disposiciones del capítulo 4, título 8, y del 7, título 13, libro 2, del Código Penal.

ARTICULO 596.

Cumplido que sea lo prescrito en los dos artículos anteriores, el juez ordenará su publicacion, y practicará todo lo demas prescrito en el artículo 593.

Vé lo espuesto en los anteriores.

SECCION II.

DEL TESTAMENTO NUNCUPATIVO SIN ESCRIBANO PUBLICO.

ARTICULO 597.

Cuando el testamento fuere otorgado sin escribano en los casos del artículo 572, y el testador muriese dentro del tiempo prefijado en los mismos, el juez hará constar, ante todo, la muerte del testador, y en seguida examinará los testigos del testamento sobre su otorgamiento y disposiciones.

Los testigos depondrán ademas sobre el dia y hora, poco mas ó menos, en que fué otorgado el testamento, y sobre el peligro en que á la sazon se encontraba el testador.

ARTICULO 598.

Resultando de las declaraciones conformes de los testigos la legitimidad del otorgamiento, el juez lo declarará por testamento nuncupativo, y mandará que como tal se observe y cumpla, y que se protocolicen los autos practicados en los registros de escrituras públicas del escribano actuario, dándose á los interesados las copias y testimonios convenientes de manera que hagan fé.

Están conformes con la ley 4, título 2, Partida 6; y sobre su práctica y ejecucion puede verse á Febrero, capítulo 5, parte 1, título 1, párrafo 16, número 229, y párrafo final número 265.

Disposicion comun á las dos secciones anteriores.

ARTICULO 599.

Aunque por los respectivamente obligados no se dé cumplimiento á lo dispuesto en el artículo 571, el juez procederá á las diligencias prescritas en las dos secciones anteriores, si lo pidiere el que tenga interés legítimo en ello; y en todo caso le hará citar para practicarlas.

Está conforme con las leyes 1 y 2, título 2, Partida 6, y con la 2, título 3, libro 29 del Digesto. *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est; quin potius publicum est instrumentum.*

El interés es la medida de la accion, y por esto mismo será necesario en todo caso la citacion: la ley recopilada 6, título 18, libro 10, manda, que «para facer leer y publicar el testamento sean llamados aquellos que el interés les compete.» Y la ley habla aun del testamento escrito.

CAPITULO IV.

De la capacidad para disponer y adquirir por testamento.

ARTICULO 600.

Pueden disponer por testamento los varònes mayores de catorce años, y las hembras mayores de doce, que al hacerlo gocen de su cabal juicio.

Los locos ò dementes que tengan lúcidos intervalos, pueden disponer durante ellos.

En cuanto á la edad, se conserva nuestra actual legislacion Patria conforme con la Romana, leyes 15, título 1, Partida 6, y 5, título 1, libro 28 del Digesto. La edad señalada para el acto mas importante de la vida (el matrimonio) no podia menos de bastar para el que no puede ejercer influjo alguno en ella.

La ley 10, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, permitia á los pupilos testar, en caso de enfermedad, á los diez años; la 4, título 5, libro 4, que es del mismo Rey, y se refiere á la 10 citada, señala 12: error ó contradiccion que no se advierte en la version castellana.

Segun Fuero antiguo de Navarra, los hidalgos podian á la edad de siete años, no solo hacer testamento, sino contratos, y enagenar sus bienes; despues se señaló la de 12 á las hembras, y 14 á los varones para todas estas cosas; capítulo 1 del *mejoramiento.* El Código Frances, artículo 904, no permite al menor testar sino á los 16 años, y de la mitad de los bienes disponibles; no guarda, pues, consecuencia con la edad señalada para el matrimonio en el 144, que es la de 15 años para las hembras, y de 18 para los varones: ó no hay entereza de juicio para disponer, ó, si la hay, no debe limitarse á la mitad de los bienes.

Lo mismo en el 820 Napolitano; el 701 Sardo y el 1464 de la Luisiana, á los mismos 16 años, sin limitacion á la mitad; el 562 de Vaud, á los 17 sin limitacion; el 944 Holandes, á los 18 sin limitacion; el 569 Austriaco, á los 18 sin limitacion; el Prusiano desde el 17 al 19, título 12, parte 1, como el Austriaco, pero ambos conceden al mayor de 14, y menor de 18 años testar de viva voz ante el tribunal. Se vé, pues, que si bien estos códigos han variado en la edad desde 14 á 18,

todos menos el Napolitano rechazan la limitacion á la mitad del artículo 904 Frances.

Pero no hay la misma uniformidad y consecuencia en cuanto á la edad para casarse y testar. El artículo 144 Frances pide para el matrimonio 15 años en las hembras y 18 en los varones; lo mismo el 60 de Vaud, y el 37 Prusiano, título 1, parte 2; el 154 Napolitano, 108 Sardo, el 7 Bávaro, libro 1, capítulo 6, y el 93 de la Luisiana, piden 12 para las hembras, y 14 para los varones; el 86 Holandes, 16 para las hembras, y 14 para los varones; el 48 Austriaco, 14 años sin distinguir entre varones y hembras.

No hay, pues, un Código que guarde exacta conformidad en cuanto á la edad para casarse y testar, y las diferencias que hay sobre lo segundo, me confirman mas en la utilidad de conservar lo vigente.

¿El último dia de los 14 ó 12 años principiado se tendrá por concluido?

Los autores de Derecho Romano fundándose en la ley 5, título 1, libro 28, la resuelven afirmativamente. La ley dice *annum completum*, y pone la cuestion *utrum excesisse debeat:: an suficit complesse.*

Algo sutiles y metafísicos parecen estos términos: el que nació á las once de la noche, no puede decirse que cumplió los 14 años á las once de la mañana del último dia de los 14: los cumplirá á las once de la noche, y desde el instante del dia en que los cumplió, es ya mayor de 14; séase lo que se quiera de dicha ley, el sentido del artículo es, que los ha de haber cumplido de momento á momento y por consiguiente que sea mayor de 14 años.

Cabal juicio: leyes 2 y 3, título 6, libro 22 del Código, y 10, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, ley 13, título 1, Partida 6: este punto es de jurisprudencia universal: de consiguiente el borracho, mientras lo está, no podrá testar.

Lúcidos intervalos: porque durante estos gozan de su cabal juicio, y por la misma razon pueden ser testigos; (vé el número 4 del artículo penúltimo): concuerda con la ley 17, título 1, libro 28 del Digesto, y el párrafo 1, título 12, libro 2, Instituciones, la ley 10 del Fuero Juzgo y las de Partida citadas: algunos de los Códigos modernos espresan esto mismo: los demas lo sobre-entienden.

ARTICULO 601.

Son incapaces de testar los religiosos profesos de órdenes reconocidas por las leyes del reino; pero cesará la prohibicion, desde que volvieren al siglo con arreglo á las mismas.

Vé el artículo 607, número 2.

Tenemos reconocida la Religion de los escolapios y misioneros de Filipinas; pueden serlo otras por el regalo que se nos ha hecho por el concordato.

En la primera parte del artículo conservamos la jurisprudencia civil y canónica;, véase la ley 17, título 1, Partida 6: la segunda es conforme á los Decretos de Córtes y á lo practicado siempre con los religiosos secularizados; y como la testamentifaccion es un derecho civil, su libertad y prohibicion absoluta ó parcial penden esclusivamente de las leyes. Los artículos 714 y 715 Sardos disponen lo mismo con alguna leve diferencia; el 573 Austriaco dice, «salvo los privilegios del órden, ó á no mediar dispensa;» el 1, capítulo 3, libro 3, Bávaro, dice simplemente: «los que han hecho votos monásticos.»

En la prohibicion del artículo no están comprendidos los de las órdenes militares.

ARTICULO 602.

El ciego y el que no sabe ó no puede leer, no pueden otorgar testamento cerrado.

El ciego, segun la ley 8, título 23, libro 6 del Código, el párrafo 3, título 10, libro 2, Instituciones, y la ley 14, título 1, Partida 6, solo podia testar nuncupativamente ante escribano y siete testigos, ú ocho cuando no podia ser habido escribano; ademas, debia reducirse á escrito «porque non pueda ser fecho ningund engaño.»

La ley del Ordenamiento, 1, título 18, libro 10, Novísima Recopilacion, alteró la forma de los testamentos sin hacer mencion especial del ciego.

Dudóse, pues, si habia corregido la de Partida, y, para quitar esta duda, se dió la 3 de Toro, 2 de dicho libro y título, exigiendo en el testamento del ciego cinco testigos á lo menos; pero los intérpretes han suscitado nuevas dudas sobre esta misma ley. En adelante no debe haber ninguna; el testamento abierto del ciego estará sujeto á las mismas solemnidades que el de otro cualquiera, por ser bastantes para alejar todo temor de engaño ó falsedad.

El artículo 978 Frances, el 753 Sardo, y varios otros Códigos no hacen mencion del ciego por suponerle y estar realmente comprendido entre los que no pueden leer: algunos y entre ellos el Prusiano, artículos 113 al 115, título 12, parte 1, la hacen.

Hay tambien variedad respecto de los segundos; el artículo Frances, por ejemplo, dice: «los que no saben ó no pueden leer:» el Sardo añade «ni escribir» lo que en mi concepto no es necesario, pero tambien podria suprimirse el «no saben,» como lo hace el Código Prusiano, porque en verdad el que no sabe, no puede.

ARTICULO 603.

El que se halla en el caso del artículo 570, solo puede otorgar testamento cerrado.

Vé lo espuesto en el mismo artículo 570.

ARTICULO 604.

La capacidad activa y pasiva de los estranjeros se regula por lo dispuesto en el artículo 26.

Este artículo estaba redactado con mayor extension con arreglo á los artículos 702 y 703 Sardos; pero en la última revision quedó tan lacónico y espresivo como se vé.

El artículo 912 Frances: «No se podrá disponer á favor de un estranjero, sino en el caso en que este estranjero podria disponer á favor de un frances»: lo mismo el 1477 del Código de la Luisiana, el 570 de Vaud, el 957 Holandes.

El 828 Napolitano dice: «El regnícola puede disponer á favor de un estranjero, con tal que entre las dos naciones haya reciprocidad, y salvas las escepciones resultantes de los tratados diplomáticos.»

Téngase presente que los artículos 726 y 912 Franceses han sido abrogados por el 1.° de la ley de 14 de Julio de 1819, y en consecuencia los estranjeros tienen derecho de heredar, disponer y recibir del mismo modo que los franceses en toda la estension de Francia; disposicion tal vez mas liberal que política.

ARTICULO 605.

Para calificar la capacidad de testar, se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento.

Este artículo no seria absolutamente cierto por Derecho Romano y de Partidas; pero, abolida la confiscacion y no perdiéndose el derecho de testar por la sentencia de muerte, lo es tanto que podria suprimirse.

De los Códigos modernos, unos, como el Frances, callan; otros, como el de la Luisiana, artículo 1418, y el de Holanda, artículo 945, lo espresan.

ARTICULO 606.

Pueden adquirir por testamento todos los que la ley no declara incapaces ó indignos.

Artículos 700 y 709 Sardos; 902 Frances. «Todo ome á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro.» Ley 2, título 3, Partida 6.

ARTICULO 607.

Son incapaces:

1.° *Todos los que tengan prohibicion absoluta para adquirir.*

2.° *Los comprendidos en el artículo* 601; *pero adquirirán la capacidad de recibir, desde que adquieran la de testar.*

3.° *Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunen las circunstancias prescritas en el artículo* 107.

4.° *Las asociaciones ó corporaciones no permitidas por las leyes.*

Número 2. El artículo 714 Sardo esceptúa las pensiones módicas vitalicias á título de liberalidad, que tal vez sean lo llamado entre nosotros *violario*: el 715 concede como este nuestro, y el 601, la capacidad para disponer y adquirir por testamento á los legítimamente secularizados ó dispensados legítimamente de sus votos perpétuos; pero solo podrán disponer de los bienes que posteriormente adquieran: los otros Códigos callan: vé el artículo 601.

El artículo fija un punto hasta ahora dudoso: los motivos de la ley recopilada 17, título 20, libro 10, obran con igual fuerza en la sucesion testamentaria que en la legítima, como juiciosamente observan algunos autores.

Número 3. Conforme al artículo 906 Frances, 822 Napolitano, 1469 de la Luisiana, 946 Holandes, 568 de Vaud y 705 Sardo: concuerda tambien con el Derecho Romano y Patrio, vé lo espuesto en el artículo 107.

Número 4. «Non puede ser establecida por heredera ninguna cofradia, ni ayuntamiento que fuesse fecho contra derecho, ó contra voluntad del Rey ó del Príncipe de la tierra;» ley 4, título 3, Partida 6; é igual prohibicion se desprende de todo el título 12, libro 2 de la Novísima Recopilacion.

Concuerda tambien con la ley 1, párrafo 15, título 1, libro 26 del Digesto, y las 8 y 12, título 24, libro 6 del Código.

Los Romanos llamaban ilícitos los colegios ó corporaciones que no estaban autorizados por el César ó por un Senado-Consulto, ley 3, párrafo 1, título 22, libro 47 del Digesto: sobre este particular regirá lo dispuesto en el capítulo 4, título 3, libro 2 del Código penal.

ARTICULO 608.

Las iglesias y cabildos eclesiásticos, los ayuntamientos y conce-

jos, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instruccion pública, y todos los cuerpos ó asociaciones que se comprenden bajo la denominacion de manos muertas, no pueden adquirir, por testamento, bienes inmuebles de ninguna especie; para adquirir bienes muebles, les será necesaria autorizacion especial del Gobierno.

La primera parte de este artículo, relativa á bienes inmuebles, fué base adoptada por la Comision general; añadióse despues lo de bienes muebles por creerlo conforme al espíritu de la misma Comision, que habia tenido presente el artículo 910 del Código civil Frances, y no la ley del 2 ó 9 de Enero de 1817, que lo modificó.

En Francia el Edicto de 1749 habia prohibido á las *manos muertas* la adquisicion de bienes inmuebles, tanto por actos entre vivos, como por última voluntad: el artículo 910 Frances habla solo de donaciones y testamentos, pero comprende los bienes muebles é inmuebles; de modo, que, bajo un aspecto, dice mas, y bajo otro, dice menos que el Edicto. Por este era absoluta la prohibicion para adquirir nmuebles, y absoluta la libertad para los muebles; por el artículo se pueden adquirir los inmuebles con licencia del Gobierno, pero tambien es necesaria para la adquisicion de los muebles, sin que se disponga nada para los otros actos entre vivos fuera de la donacion.

Nuestra ley de setiembre de 1820 viene á ser el Edicto Frances de 1749, y no se concreta á testamento y donaciones.

En los discursos 55 y 56 franceses se motiva el artículo 910 en los inconvenientes de la amortizacion, y en el interes de la sociedad y de las familias, para que el celo y la piedad no traspasen los justos límites; iguales fueron los fundamentos de nuestra citada ley de setiembre: iguales fueron los alegados en todos tiempos y paises contra la amortizacion eclesiástica; de modo que es materia ventilada hasta la saciedad y ya agotada.

Conviene ver el artículo 35, y lo en él espuesto. El artículo 25 Sardo añade al nuestro 35, «con las modificaciones señaladas por las leyes:» el 717 (tambien Sardo) se refiere en esta materia al 25, y dice, que las personas morales pueden recibir por testamento pero con las modificaciones ya ordenadas, ó que en adelante se ordenaren por otras leyes ó cartas patentes del Rey.

Debo hacer presente que este artículo y el siguiente fueron modificados por la Seccion en Noviembre de 1850, asistiendo, como Presidente de la Comision, el Excmo. Sr. D. Juan Bravo Murillo, Ministro entonces de Hacienda y ahora Presidente del Consejo de Ministros.

La Seccion acordó modificar la base de la Comision general en los términos siguientes:

«Que las manos muertas pudiesen adquirir bienes inmuebles con aprobacion del Gobierno; pero que los hubiesen de vender dentro del término que él mismo prefijase, haciéndose la venta con su intervencion y aprobacion.»

«Que el producto de la venta se hubiese de imponer con la intervencion y aprobacion del Gobierno en censos, fondos ú otros efectos públicos.»

Esto fué lo acordado; y solo por olvido ú omision han podido estamparse estos artículos, tales como estaban en su primitiva redaccion: de todos modos esta materia deberá ya regirse por el reciente Concordato, si llega á ponerse en ejecucion.

ARTICULO 609.

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia ó instruccion pública podrán adquirir capitales de censo y acciones de rédito fijo sobre cualquiera empresa.

Podrá tambien un testador disponer que por los herederos ó albaceas se enagenen todos ó algunos de sus bienes inmuebles, y se entregue á los dichos establecimientos el precio resultante de la enagenacion.

En los dos casos de este artículo, será asimismo necesaria la autorizacion del Gobierno.

Vé lo espuesto en el anterior.

ARTICULO 610.

Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general sin designacion de personas ni de pueblo, aprovechan solo á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificacion se hará por el alcalde y párroco, y la distribucion por los mismos, si no hay albaceas; y si los hay se hará por estos: lo mismo se observará cuando el testador haya dispuesto á favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

El 925 Holandes dice: «la disposicion testamentaria en provecho de los pobres sin otra designacion, se reputará hecha en favor de todos los pobres que participen de los socorros públicos en el lugar en que se abra la sucesion»: el artículo 808 Sardo interpreta la disposicion á favor de los pobres del lugar del domicilio del testador en la época de su muerte.

Segun la ley 20, título 3, Partida 6, cuando se dice «pobres de un

pueblo» no se entienden los que pueden mendigar, sino los detenidos en los Hospitales (hoy Hospicios) por vejez ó defecto perpétuo, y los niños desamparados que se crian en ellos; y por *pobres en general*, los del pueblo en que se otorgó el testamento; fué tomada de la ley 49, título 3, libro 1 del Código que es mucho mas circunstanciada.

La ley 3, título 10, Partida 6, habla de lo mismo y no guarda perfecta armonía con la otra citada, pues dice simplemente «las personas que los han de menester.»

Domicilio. Se ha seguido en esto al artículo 808 Sardo por mas conforme á la intencion del testador y á la opinion comun de los intérpretes.

Si no se probare. Las leyes Romanas y de Partida citadas salvan siempre, como no podian menos de salvar, la voluntad espresa del testador que es la ley; *dicat testator, et erit lex.*

La calificacion. Esta se hará siempre por el alcalde y párroco aun cuando haya albaceas, si el testador no dispuso otra cosa, porque los primeros son personas mas respetables, y por razon de sus funciones mas conocedoras de los verdaderos pobres: la distribucion se hará por los segundos como cosa propia de su encargo segun el artículo 729.

No se ha tenido en cuenta para el artículo el plan de Beneficencia, porque las juntas suelen adolecer de lentitud é indiferencia.

ARTICULO 611.

La disposicion universal ó de una parte alicuota de los bienes que el testador haga en favor de su alma, sin determinar la aplicacion, ó simplemente para misas, sufragios, usos ú obras-pias, se entiende hecha á favor de los pobres en los términos del artículo anterior.

Está tomado en su fondo del citado artículo 808 Sardo, que es tan honroso al testador como útil y humano: «Las disposiciones piadosas (dice) que el testador haya hecho en general sin designar su aplicacion, se reputarán hechas en favor de los pobres del lugar de su domicilio.»

ARTICULO 612.

Los médicos y cirujanos que hayan asistido al testador en su última enfermedad y sus esposas, no podrán percibir cosa alguna á virtud del testamento que haya hecho durante la misma; esceptúanse de esta prohibicion los médicos y cirujanos parientes del testador dentro del cuarto grado.

Por la ley 9, título 32, libro 10 del Código estaban prohibidos los pactos entre los médicos y los enfermos puestos á su cuidado; hace

tambien al caso la ley 3, título 13, libro 50 del Digesto; pero no estaban prohibidas las mandas é institucion de heredero.

Nuestras leyes actuales callan sobre uno y otro; únicamente la ley 3, título 1, libro 11 del Fuero Juzgo, permitia los pactos, pero quedaban sin efecto si el enfermo no sanaba.

El artículo 909 Frances, del que se ha tomado esta prohibicion, no hizo mas que confirmar la antigua jurisprudencia Francesa. No se ha admitido la primera escepcion del artículo Frances sobre disposiciones remunerativas á título de manda, porque podria hacer ilusoria la prohibicion, y porque los honorarios de los médicos y cirujanos son hoy dia tan exhorbitantes, que hacen innecesaria toda otra remuneracion.

Se ha admitido la otra relativa á los parientes, con alguna pequeña variacion, porque cuando se halla un motivo honesto y natural como los afectos de la sangre, no debe recurrirse á otro inhonesto y bastardo.

Esta prohibicion no ha sido adoptada generalmente por los Códigos modernos; el Sardo, el de Vaud y el de la Luisiana no la admiten; el 825 Napolitano, que estiende la prohibicion á los abogados que han aconsejado y dirigido al difunto en la formacion de su testamento; el 955 Holandes esceptúa tambien las disposiciones hechas en favor del esposo del testador.

Médicos y cirujanos: bien sean tales en verdad, bien charlatanes ó empíricos, porque en estos hay los mismos recelos de influjo ó ascendente sobre el enfermo, y por otra parte su condicion es mas desfavórable.

En su última enfermedad: el artículo Frances y demas que lo copian dicen en la enfermedad de que muere: lo mismo dice la ley recopilada 15, título 20, libro 10, hablando de los confesores: el sentido es igual en unas y otras palabras.

Parientes del testador: luego no están esceptuados los simplemente afines del testador, porque no median los mismos afectos de la sangre.

ARTICULO 613.

La prohibicion del artículo anterior alcanza á los confesores del testador en su última enfermedad, á los parientes de ellos dentro del cuarto grado, y á sus iglesias, cabildos, comunidades ó institutos.

Conforme con los artículos Frances, Napolitano y Holandes citados en el anterior, aunque hablan solo del ministro del culto y de sus parientes en cuarto grado. La ley recopilada, citada en el mismo, habla de deudos ó parientes en general, y añade lo de *Iglesia*, *religiones y conventos*: de este modo, dice la ley recopilada, «se evitarán las persuasiones, sugestiones y fraudes, con que turban al enfermo y truecan la

voluntad contra la afeccion dictada por la naturaleza en favor de la propia familia.»

En el espíritu de nuestro artículo entra tambien la prohibicion del Real Decreto de 30 de mayo de 1830, para que no puedan encargarse á los confesores en la última enfermedad ni á sus parientes, y si fuesen religiosos, ni á sus religiones ni conventos, los sufragios que de cualquier modo mande hacer el testador.

ARTICULO 614.

El escribano y testigos de un testamento abierto, sus esposas y parientes ó afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en aquel se disponga á su favor.

Lo mismo se observará, respecto de los testigos del testamento hecho sin escribano, con arreglo al artículo 572.

El artículo 975 Frances prohibe que en el testamento abierto sean testigos los legatarios y sus parientes ó afines dentro del cuarto grado; de consiguiente, con arreglo al artículo 1001, el testamento seria nulo, y así lo decidió el tribunal de Casacion segun Rogron. Lo mismo se lee en los artículos 1585 y 1586 de la Luisiana, en el 901 Napolitano, en el 594 Austriaco y en el 991 Holandes; pero el rigor literal de este parece estar templado y deberse esplicar por el 954 que dice: «El notario que ha recibido un testamento abierto y los testigos que han asistido á él, no podrán aprovecharse de las disposiciones que contenga; por manera que será nula la institucion ó manda á favor de ellos, pero no el testamento.» Igual es el sentido del artículo 133 Prusiano, parte 1, título 12; y el artículo 800 Sardo lo dispone con la mayor espresion y claridad, limitándose á declarar la nulidad de la institucion ó legado: el de Vaud dispone lo mismo en el artículo 655.

He tenido siempre esto último por mas razonable, aun antes de haber visto los Códigos citados. Un testamento es cosa muy grave y respetable para declararlo absolutamente nulo por la simple sospecha de interes personal que pueda recaer en una de sus mandas, sin afectar en nada para lo demas la veracidad é idoneidad del testigo; la disposicion del artículo satisface todos los escrúpulos y salva todos los inconvenientes.

Por Derecho Romano el heredero no podia ser testigo; el legatario, sí, párrafos 10, y 11, título 10, libro 10, Instituciones; la razon de esta diferencia que se da en ellos, tiene mas de sutil que de sólida: la ley 11, título 1, Partida 6, copió al Derecho Romano, comprendiendo en la esclusion del heredero á sus parientes hasta el cuarto grado: en el espíritu del artículo la prohibicion de los legatarios alcanza á los herederos.

La posicion del escribano que autoriza el testamento es igual, y aun mas desfavorable que la de los simples testigos: por Derecho Romano el que en testamento ageno escribia un legado ó fideicomiso para sí ó para aquellos que tenia en su potestad, quedaba sujeto á las penas de falsario, y el legado se tenia por no escrito; leyes 1, párrafo 7, 14, párrafo 1, y 15 al principio, título 10, libro 48 del Digesto, y 1, título 8, libro 34.

No se ha admitido el artículo 907 Frances, copiado en el 713 Sardo, y otros Códigos, inhabilitando al tutor para percibir nada del testamento de su menor.

El artículo Frances mantiene, con ligeras diferencias, lo que estaba ya dispuesto por el artículo 276 de la *Costumbre de París*; los motivos que se dan para esta prohibicion en el discurso 58 no convencen, y se prefirió, por lo tanto, mantener lo vigente. El testimonio del padre ó la madre garantizan al tutor testamentario, y el del consejo de familia al tutor dativo; por algo habrán sido preferidos en uno y otro caso á los parientes. ¿Y por haber merecido mayor confianza para ser nombrados, se desconfia luego de ellos hasta el punto de no poder recibir una muestra de gratitud por su celo y oficios semipaternales? La prohibicion relativa á solo el tutor podria ser ineficaz, no comprendiendo á algunos de sus parientes; el ascendiente del marido sobre su muger menor de edad es generalmente mayor que el del tutor; y sin embargo, los legisladores franceses dejaron en libertad á los menores para estos casos.

Adoptada la prohibicion de los tutores, seria preciso estenderla á los maestros, ayos, etc., con los que vivan los menores en clase de pensionistas, como lo dispone el artículo 952 Holandes y se disponia en el citado de la Costumbre de París, abogado que aconsejó ó dirigió al difunto para hacer el testamento, como se dispone en el artículo 825 Napolitano: la demasiada suspicacia del legislador hace poco honor á la moral existente, y daña casi siempre á la futura; á mas de que *casus adventitii non sum computandi*, segun la ley 6, título 9, libro 40 del Digesto, y por evitar un mal ó abuso raro, no se ha de prohibir el bien, ó recto uso en la generalidad de los casos.

Debo, por último, advertir que la incapacidad ó indignidad para adquirir por testamento obra igualmente, si hay términos hábiles, en las herencias sin testamento: vé el artículo 745.

Este es el espíritu de todas, y la letra de casi todas las legislaciones, sea que hayan tratado de las herencias por testamento antes, ó despues que de las legítimas.

El Derecho Romano y Patrio tratan primero de las herencias por testamento, y en ellas fijan las causas de indignidad: sin embargo, na-

die duda, y en las leyes 5 y 17, título 7, Partida 6, se espresa para el caso de que tratan, que la indignidad obra en las dos especies de herencias; los Códigos modernos, generalmente, siguen el órden inverso, pero con el mismo resultado.

ARTICULO 615.

El cónyuge viudo no podrá dejar por testamento á su viudo ó viuda, sino lo que puede dejar á un estraño. Tampoco podrá dejar á ninguno de sus hijos del segundo ó ulterior matrimonio, sino una porcion igual á la que haya de recibir el hijo menos favorecido del primer matrimonio.

El 149 Sardo dice: «El binubo no puede dejar al nuevo cónyuge por cualquier título lucrativo, ó entre vivos ó de última voluntad, mayor porcion de la que haya dejado al menos favorecido de los hijos del primer matrimonio.»

Este artículo trae su orígen de la ley 6, título 9, libro 5 del Código: *Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis pater materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum novercæ, vel vitrico, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis hereditatis jure sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus (quæ et si constante matrimonio civili jure interdictæ sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent) quam filio, vel filiæ, si unus, vel una extiterit. Quod si plures liberis fuerint: singulis æquas partes habentibus, minime plus quam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. Sin autem non ex æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ tranfierint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum novercæ, vel vitrico testamento relinquere, vel donare, seu dotis, vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius, vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen, ut quarta pars quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis quæ de inofficioso excludunt querelam.*

Por la ley 48 de las Córtes de Navarra de 1766 la prohibicion comprende al cónyuge é hijos del segundo ó ulterior matrimonio.

Pero como la parte de que los padres pueden disponer en perjuicio de los hijos, ha sido siempre en España, y es hoy tan corta, segun el artículo 642, será muy raro el caso en que al segundo cónyuge pueda dejarse mas de lo que se deja al hijo menos favorecido del primer ma-

trimonio. Por esto, y por no hacer al segundo cónyuge de peor condicion que á un estraño, no se ha creido conveniente adoptar la prohibicion de los Códigos Romano y Sardo: la legítima de los hijos era mucho menor que la señalada en el nuestro.

El verdadero peligro para los hijos del primer matrimonio estaba en sus medio-hermanos ó hijos del segundo matrimonio, que generalmente eran favorecidos ó mejorados en el tercio, y sin la prohibicion de este artículo lo serian con la doble porcion del artículo 654.

El presente artículo está fundado en este prudente temor confirmado por la esperiencia de todos los dias; la ley viene en socorro de unos hijos, ya huérfanos, postergados por la debilidad ó la injusticia.

ARTICULO 616.

Será nula la disposicion hecha en favor de un incapaz, bien se la disfrace bajo la forma de un contrato oneroso, ó usando el nombre de una persona interpuesta.

Se reputan personas interpuestas el padre, madre, hijos y descendientes, y el cónyuge del incapaz.

Es literal del artículo 911 Frances, 958 Holandes, 827 Napolitano, 572 de Vaud, 1153 Sardo y 1478 de la Luisiana.

Por Derecho Romano lo dejado indirecta y fraudulentamente, como por fideicomiso, á un incapaz se aplicaba al fisco, *in fraudem juris fidem accomodat, qui vel id quod relinquitur, vel aliud, tacite promittit restituturum se personæ quæ legibus ex testamento capere prohibetur*: leyes 10 y 23, título 9, libro 24 del Digesto, trasladadas á la 13, versículo, la sexta, título 7, Partida 6.

No bastaria designar qué personas sean incapaces, si no se proveyese al mismo tiempo de medios para que la prohibicion de la ley no sea ilusoria, simulando ó dando la apariencia de contrato oneroso ó de reconocimiento de deuda al que en realidad sea un acto de pura liberalidad entre vivos ó por causa de muerte.

La simulacion en todos los Códigos anula tanto los contratos como las últimas voluntades; y como generalmente es de difícil prueba, se hace forzoso recurrir á presunciones mas ó menos fuertes cuya apreciacion solo puede hacer el Juez, atendidas todas las circunstancias de cada uno de los casos.

La simulacion puede hacerse, no solo por el medio indicado, sino por la interposicion de personas que tácita y clandestinamente se obliguen á entregar al incapaz lo que nominal y ostensiblemente se deja á ellos; y como la prueba de esto sea imposible por los medios ordinarios, ha sido forzoso determinar por una presuncion *juris et de jure* qué

personas deban reputarse interpuestas para eludir la prohibicion de la ley.

El Derecho Romano abundaba en este mismo sentido, pero no llegó á determinar las personas. Segun la ley 25, título 9, libro 24 del Digesto, *sola ratio paternæ affectionis non admittit taciti fideicomissi suspicionem*; pero pone el caso entre yerno y suegro que no es de los comprendidos en nuestro artículo.

ARTICULO 617.

Son indignos y como tales no pueden adquirir por testamento:

1.° *El condenado en juicio por delito ó tentativa de homicidio contra la persona de cuya herencia se trata, contra su cónyuge ó contra sus descendientes.*

Si alguno de los herederos forzosos incurre en esta causa de indignidad, pierde tambien su derecho á la legítima.

2.° *El heredero mayor de edad, que, sabedor dentro de un mes de la muerte violenta del difunto, no la denuncia á la justicia, cuando esta no ha procedido ya de oficio sobre aquella.*

Si los homicidas fuesen ascendientes ó descendientes, marido ó muger del heredero, cesará en este la obligacion de denunciar.

3.° *El que voluntariamente acusó ó denunció al difunto de un delito, que por la ley sea castigado con la pena de cadena perpétua ó la de muerte.*

4.° *El condenado en juicio por adulterio con la muger del difunto.*

5.° *El pariente del difunto, que, hallándose este loco ó demente y abandonado, no cuidó de recogerle ó hacerle recoger en un establecimiento público.*

6.° *El que para heredar estorbó por fuerza ó fraude, que el difunto hiciera testamento, ó revocara el ya hecho, ó sustrajo este, ó forzó al difunto para testar.*

Las causas de indignidad, espresadas en este artículo, comprenden tambien á los legatarios.

Haré un estracto de lo dispuesto en los Códigos estranjeros sobre la materia de este artículo; asi aparecerán la conformidad ó diferencias entre unos y otros; en los respectivos números añadiré lo dispuesto por las leyes Romanas y Patrias, dando los motivos de toda innovacion.

El Código Frances en el artículo 727 pone solo tres casos ó causas de indignidad ó de indignos; 1.ª el condenado por haber dado ó intentado dar muerte al difunto: 2.ª el haber entablado contra este una acusacion capital, declarada en juicio calumniosa: 3.ª el heredero mayor de edad que noticioso de la muerte violenta del difunto no la denunció á la justicia.

El Código de la Luisiana ha adoptado las mismas tres causas ó casos: artículos 958 al 963.

El de Vaud, artículo 514, adopta las dos primeras y sustituye á la 3.ª «el haber sustraido el testamento ó codicilo del difunto.»

El Holandes, artículo 885, adopta tambien las dos primeras, y en lugar de la 3.ª pone la de «haber impedido al difunto con violencias ó vias de hecho el testar ó revocar su testamento.»

El Código Napolitano, artículo 648, admite los tres casos del Código Frances y añade otros dos: «Haber forzado á un testador á disponer no queriéndolo hacer, ó de otro modo que lo que él queria:» «Haber impedido con violencia al difunto que testara.»

El Sardo en su artículo 709 pone las mismas cinco causas de indignidad que el Napolitano. Pero estraño que las ponga, asi como las de incapacidad, al tratar de las sucesiones testamentarias. Fundo mi estrañeza en que dicho Código, despues de tratar de unas y otras sucesiones, pone un título especial sobre las disposiciones comunes á ambas; y en él debia tener lugar todo lo relativo á capacidad ó indignidad.

El Código Bávaro, artículo 20, capítulo 1, libro 3, admite con alguna mayor amplitud los dos primeros casos del Código Frances, y añade otros dos: «Los que forzaran al difunto á hacer ó no hacer alguna disposicion:» «los que le disputaron su estado.»

El Código Austriaco, artículo 540, declara indigno al que ha cometido un atentado contra el honor, vida ó fortuna del difunto, de sus hijos, padres ó esposos, por el que puede ser castigado criminalmente: en el 542, al que forzó al difunto á testar, ó se lo estorbó dolosamente, ó suprimió el acto de última voluntad. Segun el 543, las personas convencidas judicialmente de incesto ó de adulterio, no pueden heredarse.

El artículo 762 del Código Prusiano declara indignos á los padres y parientes que no se cuidaron de dar alimentos á aquel de cuya herencia se trata.

Número 1. La ley 3, título 9, libro 34 del Digesto, dice: *Qui testatorem occidit, aud id egit, ut per negligentiam moreretur.* La 7, título 20, libro 48: «*Qui eum occiderunt, vel occidere curarunt.*»

Concuerda la ley 7, título 13, Partida 6: «Si el testador fuese muerto por obra ó por consejo ó culpa del heredero:» y la 4, título 9, libro 3 del Fuero Real, «Si lo matare (al testador) ó fuere en su muerte.»

Se ha añadido lo del cónyuge ó descendientes, porque la ofensa parece cuasi igual, y de este modo se resuelve una cuestion dudosa entre los intérpretes, como la resolvió el artículo 540 Austriaco.

El espíritu del artículo no es comprender la muerte enteramente escusada, en cuyo caso no habrá condena, pero ni aun la simplemente culpable: todos los Códigos modernos suponen, á mi entender, esto mismo, aunque no lo espresan.

Las leyes Romanas y Patrias, que dejo citadas, parecen comprender tambien el caso de culpa; pero yo encuentro en esto escesiva dureza y ocasion de muchos y muy dudosos pleitos.

El párrafo 2.º del artículo corta una cuestion, y esto solo seria una ventaja; pero ademas, en la legítima concurre la misma razon que en la herencia respecto del que no fuera heredero forzoso, y se guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 671.

Número 2. Conforme con las leyes 17 y 21, título 9, libro 34 del Digesto; la 6, título 35, libro 34 del Código, esceptúa á los menores de 25 años.

La ley 11 Recopilada, título 20, libro 10, copiando la 5, título 9, del Fuero Real, habla solo del heredero, «varon, de edad cumplida, y de matador sabido.» La 13, título 7, Partida 6, era mas general, y habia admitido la distincion del Derecho Romano sobre la necesidad de acusar, en un solo caso, antes de aceptarse la herencia, y en los demas, dentro de cinco años.

El Código Frances no señala tiempo para acusar; el de Nápoles, artículo 648, seis meses; lo mismo el Sardo en el artículo 709; término á mi entender demasiado largo para la simple *denuncia* que es la sola cosa que exigen del heredero. La escepcion final del artículo se halla en el 728 Frances con alguna mayor latitud, y, como fundado en equidad y decoro, ha sido imitado por todos.

Es ademas conforme á la ley 2, título 1, Partida 7, que, siguiendo al Derecho Romano, prohibe la acusacion contra los ascendientes y hermanos.

No ha procedido ya de oficio: las leyes Romanas 17, título 9, libro 34 del Digesto, y 1, título 35, libro 6 del Código, declaran indigno al heredero, porque *sciens defuncti vindictam insuper habuit; necem testatoris inultam omissit*; el procedimiento de oficio, ya comenzado, y la creacion del ministerio fiscal desconocido entre los Romanos, hacen innecesaria la denuncia é intervencion del heredero, pues que en tal caso no quedará la muerte sin venganza.

Número 3. El artículo 648 Napolitano habla de acusacion capital; el 709 Sardo de acusacion calumniosa y de delito capital ó infamante; el 727 Frances, seguido por el 514 de Vaud, 883 Holandes y 958 de la Luisiana, habla de acusacion capital y calumniosa: el 20 Bávaro, capítulo 1, libro 3, concuerda con el Napolitano.

Por Derecho Romano solo se incurria en indignidad por la acusa-

cion puesta contra el difunto despues de su muerte, leyes 1 y 5, título 9, libro 34 del Digesto.

Nuestras leyes Patrias no reconocen esta causa de indignidad, y sin embargo, con notable contradiccion, permiten desheredar al hijo por acusacion sobre pena capital, de destierro, ó infamante.

La controversia ó pleito sobre el estado era causa de indignidad entre los Romanos, ley 9, título 9, libro 34 del Digesto: entre los Códigos modernos solo ha sido adoptada por el Bávaro, artículo 20, número 5, capítulo 1, libro 3; y tal vez puede reputarse comprendida en la disposicion general del artículo 540 Austriaco arriba citado.

Pero hoy dia el pleito sobre libertad ó esclavitud, que era frecuente y el mas grave entre los Romanos, apenas puede tener lugar, y sí solo, el relativo al estado de familia.

En medio de tanta variedad, ha parecido mas sencillo y acertado medir la indignidad por la gravedad de la pena fijándose en la de muerte ó cadena perpétua segun el nuevo Código penal.

Voluntariamente. Queda pues esceptuado el que acusa por razon de su oficio, como el fiscal y el tutor y demas que acusan en nombre y representacion de otros, *ex quadam officii necessitate*, segun las leyes 22, título 9, libro 34, 10, párrafo 1, y 22, título 2, libro 5 del Digesto: lo mismo deberá decirse cuando la acusacion haya sido por via de escepcion y en defensa propia.

Número 4. Concuerda con la ley 13, título 7, Partida 6, que habla del heredero testamentario, y con el 540 Austriaco que habla en general de atentados contra el honor del difunto. ¿Y puede imaginarse un atentado ó ultraje personal mas grave? Y si de resultas de la violencia muriese la muger de cuya herencia se trata, ¿podrian consentir la moral y la justicia, que el forzador recogiese prémio de su criminal brutalidad?

Número 5. Las leyes 5 y 17, título 7, Partida 6, derivadas del Derecho Romano, hablan solo de los hijos y descendientes, y aplican la herencia al estraño que recogió y cuidó del loco.

Seguramente es mas fea é inhumana la negligencia en los descendientes; pero tambien son mas fuertes sus derechos, y sin embargo, pierden hasta su legítima: ¿por qué los otros parientes, aunque menos obligados, no perderán sus derechos menos favorables á los ojos de la ley y de la naturaleza?

Si esta consideracion es de algun peso, yo no alcanzo por qué los Códigos modernos, que admiten esta causa como de desheredacion contra los herederos forzosos, no la colocan como de indignidad contra los demas parientes.

Número 6. El Código Frances calla sobre las causas de este número.

En cuanto á su primera parte, el Código Napolitano, artículo 648, dice: «El que ha impedido con violencia al difunto hacer testamento.» El Holandes, artículo 885: «El que por violencia ó vias de hecho ha estorbado al difunto hacer ó revocar su testamento.» El Bávaro, artículo 20, capítulo 1, libro 3: «Los que han forzado al difunto á hacer, ó no hacer una disposicion,» El Código Austriaco, artículo 542: «El que ha forzado al difunto á hacer testamento, ó se lo estorbó obrando fraudulentamente para este efecto, ó ha suprimido el acto de su última voluntad.»

El Código Sardo, artículo 702: «Cualquiera que ha impedido al difunto, que ya habia testado, hacer un nuevo testamento, ó revocar el ya hecho, ó ha suprimido, cancelado, falsificado el testamento posterior.»

«Cualquiera que ha forzado ó inducido con dolo á hacer un testamento, ó á cambiarlo: estos tales no pueden recibir á virtud del mismo testamento ni del anterior.» (Vése por esto que el Código Sardo habla únicamente de las herencias testamentarias.)

La ley 26, y siguientes, título 1, Partida 6, y la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, conformes con lo dispuesto en todo el título 26, libro 29 del Digesto, y en el 34, libro 6 del Código, escluyen de la herencia legítima ó testamentaria al que embargó al difunto hacer testamento ó cambiar el ya hecho; y ponen no solo el caso de haberlo estorbado por fuerza hecha al mismo difunto, sino al escribano y testigos, ó de haber estorbado con dolo ó en otra manera semejante que estos asistieran.

Se ha conservado esta legislacion, que es tambien la del Código Austriaco, por parecer mas ajustada á la recta razon y á la moral: el dolo ó fuerza para impedir la asistencia del escribano y testigos, llamados por el difunto que queria testar, surten igual efecto que la fuerza hecha al mismo y merecen igual reprobacion y pena.

En cuanto á la sustraccion ú ocultacion del testamento, se halla asi dispuesto en la ley 17, título 7, Partida 6, conforme con la 25, título 37, libro 6 del Código Romano; pues aunque una y otra hablan de las mandas ó legados, la razon es igual en las herencias. El Código Austriaco y el Sardo lo han estimado asi en los artículos arriba copiados; y el de Vaud en su artículo 514 califica tambien de indigno «al que es convencido de haber sustraido el testamento ó codicilo del difunto.»

Sobre la fuerza ó violencia hecha para testar hay conformidad con las rúbricas del título 6, libro 29 del Digesto, y del 34, libro 6 del

Código. «*Si quis aliquèm testari prohibuerit, vel coegerit*: la hay con la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, y con la ley 26, título 1, Partida 6.

Esta disposicion es consiguiente á la regla general de que la fuerza ó violencia inducen nulidad en todos los actos; y asi la vemos espresamente consignada en los Códigos de Nápoles, Cerdeña, Holanda, Austria y Baviera segun lo arriba espuesto.

Por el artículo 56 se ha restablecido la prohibicion de casar la viuda consignada en la ley 3, título 11, Partida 4, aunque la hemos limitado á diez meses. La dicha ley, tomada de las 1 y 2, título 9, libro 5 del Código, copió entre sus penas la pérdida de las arras, donaciones hechas por el difunto marido, y de cuanto este le dejó en el testamento.

La ley 1, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo, trasladada á la 13, título 1, libro 3 del Fuero Real, contenia igual prohibicion bajo la pérdida de la mitad de los bienes: pero todas fueron derogadas por la recopilada 4, título 2, libro 10.

Restablecida la prohibicion, parecia consiguiente restablecer sus penas é imponer aquí á la viuda una indignidad parcial respecto de su marido: la Comision no lo tuvo por conveniente y habrá de estarse á lo dispuesto en el artículo 390 del Código penal.

Podria tambien dudarse si convendria establecer alguna especie de incapacidad ó indignidad parcial contra los celibatarios voluntarios á imitacion de la introducida entre los Romanos por la ley Julia Papia Popea; pero las penas establecidas en ella fueron ya abolidas por la ley 1, título 58, libro 8 del Código, y no podia pensarse en esto despues del Cánon 10 de la Sesion 24 del Concilio de Trento; aunque puede muy bien sostenerse que el matrimonio, sin ser *melius ac beatius* que la virginidad y el celibato, es mas útil al Estado, y por esto nuestras leyes Patrias los han fomentado y premiado, como se ve en la recopilada 7, título 2, libro 10, y en la 7, título 3 del mismo libro por lo dispuesto en sus tres últimos párrafos.

Las causas de indignidad. Concuerda este párrafo con los títulos 9, libro 34 del Digesto, y 35, libro 6 del Código. La ley 13, título 7, Partida 6, los imitó diciendo: «por las mismas razones que el heredero debe perder la herencia, por esas mismas perderian las mandas aquellos á quienes fuessen fechas.» Lo mismo se lee en el Código Sardo, artículo 710: los motivos son iguales en ambos casos.

ARTICULO 618.

Pierden tambien todo derecho á lo que se les hubiere dejado en el

testamento, el tutor testamentario y el albacea que se escusen de admitir su respectivo encargo, ó que sean removidos por sospechosos despues de haberlo admitido.

Amittere id quod testamento meruit etc., cum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela; ley 5, párrafo 2, título 9, libro 34 del Digesto: el que voluntariamente falta á la confianza del testador, no es acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atencion al mismo encargo con que se le gravó y honró; esta misma consideracion obra en los albaceas.

En el caso de ser removidos por sospechosos uno y otro, son mas culpables que en el de escusarse voluntariamente de su encargo: la ley 8, título 10, Partida 6, lo tenia asi dispuesto del albacea removido por sospechoso: vé el artículo 740: otro caso parecido se encuentra en el 839.

ARTICULO 619.

Todas las esclusiones por causas de indignidad cesan respectivamente si el testador las sabia al tiempo de hacer el testamento; ó si, habiéndolas sabido despues, las remitió en instrumento público.

Doy por supuesto que este artículo solo es aplicable á los casos en que puede tener lugar la remision: la del número 2 del artículo 617, «por ejemplo», como posterior á la muerte, no cabe en lo humano que sea remitida.

Ni en el Derecho Romano ni en el nuestro se halla previsto este caso; y solo podria ventilarse, si le es aplicable, ó no, la doctrina general sobre la remision tácita de las injurias.

Tampoco se halla previsto en el Código Frances, aunque puede realizarse en dos de sus tres causas de indignidad.

El Código Napolitano, artículo 650, dice: «El heredero que ha incurrido en la indignidad puede ser admitido á suceder, cuando el difunto le ha llamado espresamente (*habilitado*, relevado de ella): en el 651: «La rehabilitacion no puede resultar sino de un instrumento auténtico ó de un testamento hecho con plena libertad.»

El Código Sardo, artículo 709, números 1 y 3, que vienen á ser los mismos de nuestro artículo 717, admite al heredero, cuando el testamento es posterior al delito ó acusacion, y el testador tenia noticia de ellos. Y bien puede decirse que en este caso hay tambien llamamientos ó perdon espreso.

Por el contrario el Austriaco, artículo 540, dice: «El que ha cometido un atentado contra el honor, la vida ó fortuna del difunto, etc., será indigno de suceder, mientras no resulte por algunas circunstancias que el difunto le perdonó.»

Y el de la Luisiana, artículo 969, dice: «No son admisibles las acciones por causa de indignidad, si ha habido reconciliacion ó perdon de la injuria de parte de quien la ha recibido.»

Estos dos últimos Códigos no distinguen de remision espresa ó tácita y su disposicion parece mas conforme á la doctrina general sobre injurias.

Pero esta doctrina se halla sujeta en su aplicacion á dudas y pleitos por lo equívoco del caso ó hecho de que se pretende deducir la remision tácita; y de ello encontramos abundantes ejemplares en los autores.

Ademas; la accion simple de injurias, como penal y dirigida á la venganza, es desfavorable y casi odiosa; el solo silencio de un año la fenece y hace presumir la remision tácita.

Pero aquí no se trata rigorosamente de venganza y pena, sino de captar lucro y enriquecerse con los bienes del difunto; y parece por lo tanto que debe constar de su espresa voluntad por un perdon ó espreso llamamiento posterior; como se establece en los Códigos Napolitano y Sardo: vé el artículo 670.

ARTICULO 620.

Para calificar la incapacidad ó indignidad, se atenderá solamente al tiempo de la muerte de aquel á quien se trata de heredar.

Si la institucion ó legado fueren condicionales, se atenderá ademas al tiempo en que se cumpla la condicion.

El heredero y legatario que mueren antes de existir, ó cumplirse la condicion, aunque sobrevivan al testador, no trasmiten derecho alguno á sus herederos.

Este artículo no se halla espreso en el Código Frances; pero su primera parte parece derivarse del 718, y la segunda del 1040.

El artículo 944 de la Luisiana dice: «Para la capacidad ó incapacidad de heredar *ab intestato* (nótense estas palabras), se ha de atender al tiempo de abrirse la sucesion:» el 545 Austriaco parece ser mas general, pues dice simplemente «para suceder ó heredar.»

En cuanto á las herencias *ab intestato*, no puede ocurrir dificultad, pues no hay, ni puede haber mas de un tiempo, aquel en que se abre la sucesion ó herencia; pero en las testamentarías hay siempre por lo menos dos tiempos, el del testamento y el de la muerte del testador; y habrá por lo menos tres, cuando se ponga condicion.

En Derecho Romano era ademas necesaria la capacidad al tiempo de hacerse el testamento por la famosa regla Catoniana, *quod ab initio vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere*; ó lo que seria

inútil, si el testador hubiera muerto al tiempo de hacer el testamento, no vale cuando quiera que aquel haya muerto; ley 1 al principio, título 7, libro 34, y las 29, 201 y 210, título 17, libro 50 del Digesto; pero esta regla solo tenia lugar en las herencias y legados puros, no en los condicionales: asi está espresamente dispuesto en el párrafo 4, título 19, libro 2, Instituciones, que ha sido copiado en la ley 22, título 3, Partida 6: por el rigor de esta regla la institucion de heredero hecha en un cautivo ó tránsfuga no convalecia aun cuando en vida del testador hubiesen vuelto á su patria.

La ley 22, título 13, Partida 6, siguió el rigorismo Romano en los herederos no necesarios, pero lo mitigó en los necesarios ó *suyos*, estableciendo que les bastara la capacidad al morir el testador, aunque no la tuvieran al hacerse el testamento.

Por esta sola escepcion se echa de ver que la regla Catoniana se fundaba mas bien en el rigorismo y sutileza de escuela, que en la razon y en la equidad. El testamento no surte efecto alguno, ni crea derechos hasta la muerte del testador: esta es, pues, la sola época á que debe atenderse respecto del heredero ó legatario, puesto que ha sido favorecido igualmente por el testador en ambas á dos.

En este sentido se halla redactado el artículo 706 Sardo: «La incapacidad de los no concebidos, de los que han incurrido en la pérdida de los derechos civiles, ó del goce de ellos y la de los estranjeros, se considera al tiempo de la muerte del testador.» «Pero se considera tambien el tiempo en que se verifica la condicion puesta por el testador cuando se trata de la condicion de que habla el artículo 825:» este artículo habla de una condicion que depende de un evento incierto, y sea tal, que, segun la mente del testador, no deba valer su disposicion sino en el caso de realizarse ó no realizarse el evento, y muere el heredero antes de realizarse la condicion: el artículo 1040 Frances habla de la misma y casi con las mismas palabras: nuestro artículo viene á ser en todas sus partes el Sardo citado.

Condicionales: porque, hasta que exista la condicion, los herederos y legatarios no adquieren derecho, aun despues de muerto el testador.

El Derecho Romano y Patrio exigian ademas la capacidad al tiempo de *adir* ó aceptar la herencia: Vinio, número 4, al párrafo 4, título 19, libro 2, Instituciones, prueba que los legisladores Romanos anduvieron inconsiderados al estampar esto, *mihi vero hoc inconsideratius dictum videtur*.

El heredero y legatario: vé el artículo 723 consagrado esclusivamente á lo mismo que aqui se dice de paso.

ARTICULO 621.

La indignidad ó incapacidad relativas á una cosa ó persona, no se estiende á otra persona ó cosa.

Es doctrina ó disposicion espresa del Derecho Romano, esplicada con muchos ejemplos de cosas y personas, que pueden verse en el Voet, libro 34, título 9, números 10 y 11, y en el Digesto de Sala, número 6: la indignidad, como odiosa, es de estrecha interpretacion; el indigno de heredar á Pedro no lo es de heredar al heredero de Pedro: todos los Códigos modernos guardan silencio sobre el tenor de este artículo,

ARTICULO 622.

El indigno ó incapaz que hayan entrado en posesion de los bienes contra lo dispuesto en los artículos anteriores, están obligados á restituirlos con todos los frutos y rentas que de ellos hayan percibido, y con las accesiones que hayan tenido los mismos bienes.

Es el 729 Frances, 652 Napolitano, 963 de la Luisiana, 531 de Vaud, 710 Sardo, 886 Holandes.

Heredem qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimari, ley 17, título 9, libro 34 del Digesto. *Heredes, quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros coguntur reddere. Neque enim bonæ fidei possessores ante controversiam illatam viden'ur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omisserunt*, ley 1, título 35, libro 6 del Código: *quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur*; dice de otro caso de indignidad la ley 18 del mismo título 9.

Las leyes Romanas son mas latas y esplícitas que los Códigos modernos, pues hablan de frutos, usuras, y *accesiones* que no son propiamente frutos ni rentas; se ha adoptado el lenguaje Romano, que indudablemente está en el espíritu de todos los Códigos.

Las leyes 26 y 27, título 1, y la 17 y siguientes, título 7, Partida 6, solo dicen que el indigno «deve perder el derecho; pierda el derecho en cual manera quier.»

Pero en la ley 4 y siguientes del título 14, Partida 6, se halla todo previsto; el tenedor de la herencia á buena fé no restituye sino los frutos percibidos, si existen; el de mala fé, todos los percibidos, y aun los que pudo y dejó de percibir: el primero, si enagenó alguna cosa de la herencia, solo devuelve el precio que recibió; el segundo está obligado á devolverla, si la puede haber en alguna manera, y, si no, debe dar tanto cuanto mas pudiere valer.

Hago mérito de esto porque en los artículos 694 y 695 de la Luisiana se declaran válidas las ventas é hipotecas del heredero indigno, no habiendo fraude en el que las adquirió: el heredero cumple con devolver el precio.

En Derecho Romano y Patrio, por punto general, la herencia quitada á los indignos se aplicaba al fisco, aunque con la carga de las mandas y fideicomisos, leyes 12 y 16, párrafo 2, título 9, libro 24 del Digesto, y 13, título 7, Partida 6, sin que se admitiera al sustituto, ni hubiera lugar al derecho de acrecer, *nam poena illius (indigni) hujus præmium esse non debet;* ley 15, título 5, libro 29 del Digesto: abolida hoy la confiscacion, este caso habrá de regirse por las disposiciones comunes sobre herencias, sustituciones y derecho de acrecer: el artículo 20 Bávaro, capítulo 1, libro 3, sanciona la confiscacion Romana, y lo mismo se infiere del 541 Austriaco.

ARTICULO 625.

Si el escluido de la herencia por indignidad ó incapacidad es hijo ó descendiente del testador, y tiene hijos ó descendientes, tendrán estos derecho á la legítima del escluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios.

Pero el escluido no tendrá el usufructo y administracion de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

La primera parte de este artículo es contraria al Derecho Romano y Patrio, y á todos los Códigos modernos, salvo el Sardo; y, sin embargo, yo la hallo muy conforme á equidad y justicia, y la miro como una consecuencia forzosa de la base adoptada por la Comision al tratarse de la desheredacion, que fué propuesta por mí, aunque sin tener todavia noticia de la humana innovacion del Código Sardo.

Todos los Códigos admiten á los hijos del indigno, cuando pueden heredar por su propio derecho y sin necesidad de representar á su padre: heredarán, pues, á su abuelo cuando no concurran con tios hermanos de su padre indigno; si existen estos, serán escluidos aquellos, pues no pueden concurrir con sus tios, sino representando al padre indigno.

Esto se esplicaba y era consiguiente en el Derecho Romano porque la justa desheredacion del padre perjudicaba á sus hijos: la Comision abolió esto por motivos de justicia y de humanidad: *la falta es personal,* y no debe dañar al inocente.

Era, pues, de toda necesidad adoptar, para los casos de indignidad, lo establecido para los de desheredacion: hay en ambos analogía, ó mas bien identidad.

El Código Frances es inconsecuente; rechazó la desheredacion *del hombre ó por testamento* en todos los casos, y admitió en algunos la *indignidad ó desheredacion por el solo efecto de la ley.* Hay tambien inconsecuencia é inhumanidad en su artículo 730, fundado, como puede verse en el discurso 54, en que *las faltas son personales*, y escluyendo á pesar de esto á los nietos cuando concurran con sus tios.

Tengo observado en el artículo anterior que por Derecho Romano y Patrio lo quitado al indigno se aplicaba generalmente al fisco: vé lo que sobre esto mismo espongo en el artículo 743.

El artículo 730 del Código Frances dice: «Los hijos del indigno, que vienen á la sucesion por su propio derecho (*de leur chef*), y sin el auxilio de la representacion, no quedan escluidos por la falta de su padre;» en seguida niega á este el usufructo en los bienes que por su esclusion hereden los hijos.

El Código Napolitano, artículo 635, el Holandes, artículo 887, y el de la Luisiana, artículo 967, concuerdan con el 730 Frances: el de Vaud contiene una limitacion que no entiendo, á no ser que se aplique al caso de haber muerto el indigno antes de abrirse la sucesion.

El Código Sardo trata de los incapaces é indignos en la materia de testamentos, y dice en el artículo 711: «Si el escluido de la herencia como indigno es hijo ó descendiente del testador, y tiene hijos ó descendientes, aunque haya otros herederos escritos en el testamento, se deberá todavia á estos hijos ó descendientes la legítima que habria correspondido al escluido:» en la segunda parte priva á este del usufructo legal de los tales bienes, y hasta del derecho de suceder abintestato á sus hijos en ellos: en el artículo 741 establece lo mismo para el caso de desheredacion.

Se vé, pues, que el Código Sardo admite el derecho de representacion, aun en vida del indigno, pero limitándolo á la legítima de este.

El Código Austriaco, artículo 541, dice: «Los descendientes de los que se han hecho indignos de suceder no son escluidos si el indigno ha muerto antes que aquel á cuya sucesion son llamados.» Luego viviendo el indigno serán escluidos; y, segun la letra del artículo, podrá llevarse la consecuencia hasta el caso de no quedar otros descendientes del difunto que los de la línea del indigno.

El Código Bávaro, número 6, artículo 20, capítulo 1, libro 3, corta el nudo con una cruel sencillez: «Todas las herencias deferidas á personas indignas se aplican al fisco»: lo mismo, segun dejo arriba notado, se hallaba establecido por punto general en nuestro Derecho y en el Romano.

En vista de tanta variedad y confusion resaltará mas la sencillez y equidad de nuestro artículo que no es si no una consecuencia natural

y forzosa, la material aplicacion de la base adoptada para la desheredacion; vé el artículo 671 y el 673.

De todos los Códigos modernos, el solo consecuente y equitativo es el Sardo, pues, como he observado, lo mismo que establece para el caso de exclusion de los hijos por indignos en el artículo 711, lo repite en el 741 para el caso de desheredacion, equiparando así ambas materias. Una sola diferencia advierto, que no alcanzo á justificar, y es que al desheredado le reserva derecho á los alimentos, y no hace la misma espresion en cuanto al indigno.

Herederos testamentarios. Como la incapacidad ó indignidad tienen tambien lugar en las herencias sin testamento, los hijos del incapaz ó indigno sucederán en ellas por las reglas generales del título siguiente, sin atenerse á la rigorosa legítima, pues que no les obsta la espresa voluntad del testador: vé lo espuesto en el artículo 745.

Pero el escluido, etc. Es consecuencia necesaria de la esclusion, pues quedaria eludida en parte sin la privacion del usufructo.

CAPITULO V.

De la institucion y sustitucion de heredero.

SECCION PRIMERA.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

ARTICULO 624.

El que no tiene herederos forzosos puede disponer en testamento de todos, ó de parte de sus bienes, por los títulos espresados en el artículo 556.

Véase lo espuesto en el 556 que se cita en este.

Si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit: Cum bonorum parte legata, leyes 25 y 26, libro 30 de *legat.* 1. *Cum pars bonorum ita legatur, bonorum meorum quo sunt cum moriar*, ley 9, libro 31 de legat. 2, En cuyos casos el legatario se llamaba parciario, párrafos 5 y 6, título 23, libro 2, Instituciones.

Ni entre los Romanos, ni entre nosotros, ni aun en Francia en las provincias *de derecho escrito*, hubo nunca duda; el único título universal era el de *heredero*; el único particular el de *legatario;* las palabras decidian del título y concepto, no las cosas en él contenidas. Pero, como en las provincias *de costumbres* se llamaba *legado universal* á la institucion, el Código Frances, artículos 1002 y 1003, ha conservado sinó-

nimas una y otra; algunos Códigos le han imitado. El Código Bávaro, artículo 1, capítulo 7, libro 3, dice: «No se puede hacer legados universales: esta disposicion es considerada como una institucion de heredero.» Los artículos 804 y 805 Sardos dicen: «heredero es aquel en cuyo favor ha dispuesto el testador por título universal; legatario, en cuyo favor ha dispuesto por título particular.

Tambien lo seria entre nosotros si ocurriera este rarísimo caso, ó si el testador dijera simplemente: «Dejo á N. todos mis bienes, los haya, sea señor de todos ellos, ó otras palabras qualesquiera semejantes destas, porque se pudiese mostrar su voluntad en esta razon.» Ley 6, título 3, Partida 6, tomada de la 48, título 5, libro 28 del Digesto, y de la 15, título 23, libro 6 del Código. *Quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem:* máxima consignada en el artículo 967 Frances, seguido por todos los Códigos modernos.

Entre los Romanos mismos el instituido en cosa cierta, habiendo otros coherederos, era tenido por legatario; *cùm manifestum est aliud sensisse testatorem*: «cuando pareciera ciertamente que la voluntad del testador fuera otra que non como fueran las palabras que están escritas,» es preciso apartarse de su significado; ley 69, libro 32 del Digesto, y ley 5, título 33, Partida 7.

ARTICULO 623.

La institucion de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento.

Tampoco lo es la aceptacion de la herencia por el heredero.

En uno y otro caso se cumplirán las disposiciones del testamento; y en el resto de los bienes de que no hubiere dispuesto el testador, se heredará con arreglo al título siguiente.

La institucion de heredero era entre los Romanos la solemnidad interna del testamento, *caput atque fundamentum totius testamenti:* sin ella venia abajo el testamento en todas sus partes; y se llevó esta doctrina por algun tiempo hasta el ridículo escrúpulo de no valer los legados escritos antes de hacerse la institucion de herederos, párrafo 34, título 20, libro 2, Instituciones: lo mismo sucedia en el caso de no ser aceptada la herencia, por cuanto caducaba la institucion de herederos.

En el proemio del título 3, Partida 6, se llama tambien fundamento é rayz de todos los testamentos, y regia entre nosotros la doctrina Romana en ambas á dos cosas hasta que la ley Recopilada 1, título 18, libro 10, derogó espresamente la legislacion Romana y de Partidas. Ley tan útil como sábia: ¿por qué no ha de cumplirse la voluntad del testador cuando está espresa? ¿Y por qué ha de pender su cumplimiento

en lo relativo á otros del arbitrio del que, favorecido por el testador, solo puede renunciar á su propio favor ó beneficio?

En el resto de los bienes. Conforme á la misma ley Recopilada.

Yo no sé que en ninguno de los Códigos modernos haya sido adoptada la legislacion Romana: encuentro sí otras disposiciones incompatibles con aquella, las que copiaré en el artículo 627.

ARTICULO 626.

Los herederos instituidos, sin designacion de partes, heredan con igualdad.

Conforme con la ley 9, párrafo 12, título 5, libro 28 del Digesto y con el párrafo 6, título 14, libro 2, Instituciones.

«Serán herederos todos egualmente;» ley 17, título 3, Partida 6.

Algunos Códigos modernos espresan tambien este caso, como el artículo 261 Prusiano y 555 Austriaco; otros lo callan sin duda por no creer necesaria su espresion.

ARTICULO 627.

Si el heredero ó herederos no han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sino en una parte ó cosa determinada, el remanente pasará á los herederos legítimos con arreglo á lo dispuesto en el título siguiente, á menos que haya otro ú otros coherederos instituidos sin designacion de partes.

Es idéntico al 806 Sardo, 554 Austriaco, 921 Holandes y conforme á los 255, 259 y 263 Prusianos.

Es tambien una consecuencia del artículo anterior y de la ley Recopilada, segun la que puede uno morir testado en parte y en parte intestado contra el principio de Derecho Romano y de Partidas. Asi cesó entre nosotros el derecho de acrecer cuando se fundaba únicamente en la sutileza ó rigorismo de aquel principio, pero subsistió y subsiste en cuanto se deriva de la voluntad espresa ó presunta del testador.

Causa asombro leer en la 7 de *diversis regulis juris*: *Earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus*, repetida en el párrafo 5, título 14, libro 2, Instituciones, cuando en el mismo se esceptúan los testamentos militares, como si lo que es natural no debiera obrar igualmente en todos.

A menos que: pues que, si los hay, ellos han de heredar el resto de los bienes, párrafo 6, título 14, libro 2, Instituciones, y ley 17, título 5, libro 28 del Digesto. «E el otro, quier sea uno ó mas á quien non

señaló parte, heredará todo lo que fincare demas.» Ley 17, título 3, Partida 6: artículos 557 Austriaco, 268 y 269 Prusianos, parte 1, título 12.

ARTÍCULO 628.

El heredero instituido en una cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella.

Conforme con el 619 de Vaud, 265 Prusiano; y lo mismo se infiere necesariamente del 554 Austriaco; pues dice que «si el heredero no ha sido instituido para la totalidad de una herencia, sino para una parte determinada, las otras partes se devuelven á los herederos legítimos:» igual observacion se desprende del 806 Sardo y 921 Holandes citados en el artículo anterior.

La ley 13, título 24, libro 6 del Código, y la 14, título 3, Partida 6, disponian lo que este artículo; pero solo para el caso de haber otro heredero testamentario: si no lo habia, el instituido en cosa cierta ó en una parte cuota se apoderaba de toda la herencia por el derecho de acrecer derivado del principio ó máxima de no poder nadie *Pro parte intestatus decedere*.

Entre nosotros, por lo dispuesto en el artículo anterior, conforme con la célebre ley recopilada, el instituido en cosa cierta será siempre legatario, haya ó no otros herederos testamentarios: no habiéndolos, regirá el artículo anterior.

SECCION II.

DE LA SUSTITUCION.

ARTICULO 629.

La sustitucion de heredero en segundo ó ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera ó no pueda aceptar la herencia, es la única sustitucion reconocida por la ley, salvo lo dispuesto en el artículo 638.

Secundi hæredis institutio. Ley 43, párrafo 2, título 6, libro 28 del Digesto.

«Otro heredero establecido en el segundo grado despues del primero heredero;» ley 1, título 5, Partida 6.

Esta sustitucion se llamaba *vulgar*, porque era permitida á todos, lo que no sucedia en la *pupilar*, y *cuasi pupilar ó ejemplar*; pero como no se hace diferencia de padres á estraños para ninguno de los casos de esta seccion, tampoco puede admitirse la calificacion de *vulgar* que todavía conservan algunos Códigos modernos, como el de Nápoles, Cer-

deña, Austria, por oposicion á las sustituciones fideicomisarias; pues aunque las proscriben, dejan en pié los mayorazgos: entre nosotros ni esta razon subsiste para la dicha calificacion.

El Código Frances, artículo 898, admite en su fondo la disposicion de este artículo; pero no la califica de *sustitucion*, porque las habia proscrito en el artículo 896, esceptuando ciertos mayorazgos: la ley de 17 de mayo de 1826 les dió mayor estension; pero todos fueron abolidos por la de 12 de mayo de 1835.

ARTICULO 630.

Todo testador puede sustituir en los términos del artículo anterior.

La sustitucion para uno de los dos casos comprende tambien al otro, á menos que el testador haya declarado lo contrario.

La sustitucion simple y sin espresion de casos comprende los dos.

Para uno de los casos. Esta era la opinion comun de los intérpretes de Derecho Romano (vé á Voet, número 12, título 6, libro 28, que cita entre otros á nuestro Gomez); pero lo cierto es, que no hay ley espresa en este sentido; y Vinio, aludiendo á la dicha comun opinion y á Gomez, dice «*non facile admittendum*:» el silencio de nuestras leyes de Partida hacia igualmente cuestionable este punto.

El Código Frances, en su citado artículo 898, guarda un silencio cómodo sobre los casos de impotencia y noluntad; el Napolitano, artículo 938, y el Sardo, artículo 876, han seguido la opinion comun; el Austriaco, artículo 604, dispone lo contrario. «Si es nombrado el sustituto solamente para el caso en que el primero *no quiera*, ó solamente para el caso en que *no pueda*, esta disposicion no debe estenderse de un caso al otro.»

La sustitucion simple: puede hacerse de varios modos, como *si F. no fuese heredero, séalo G. sustituyo G. á F. instituyo herederos á F. y G. y los sustituyo recíprocamente;* ley 2, título 5, Partida 6, tomada de las Romanas; y todos los Códigos modernos concuerdan en esta parte del artículo.

ARTICULO 631.

Pueden ser sustituidas dos ó mas personas á una sola; y al contrario, una sola á dos ó mas herederos.

Plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, párrafo 1, título 15, libro 2, Instituciones, artículo 937 Napolitano, 875 Sardo.

ARTICULO 632.

El sustituto del sustituto se entiende serlo tambien del heredero de primer grado.

Párrafo 3, título 15, libro 2, Instituciones; leyes 27 y 41, título 6, libro 28 del Digesto.

Esta disposicion es de mayor utilidad entre nosotros que entre los Romanos: estos admitian el derecho de acrecer entre los coherederos á virtud del principio ó máxima, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*; la ley recopilada, cuyo espíritu y letra conservamos en los artículos 625, 627 y 628, desterró aquel principio, y de consiguiente el derecho de acrecer fundado en su rigorismo, quedando subsistente cuando se funde en la voluntad expresa ó presunta del testador: pongamos un ejemplo.

Instituyo á Pedro por heredero en dos tercios de mi herencia, y á Pablo en el otro tercio.

Por Derecho Romano la parte de cualquiera de los dos que no pudiera ó no quisiera ser heredero acreceria al que lo fuera; por el nuestro no, y entrarán en ella los herederos legítimos ó abintestato.

Pero si en el caso propuesto nombró el testador á Pedro por sustituto de Pablo, y á Juan por sustituto de Pedro, la parte de Pablo, en el caso de no ser heredero, irá, no solo á Pedro, si lo es, sino á su sustituto Juan, caso de no serlo Pedro, porque Juan se entiende sustituido, no solo á Pedro, primer sustituto de Pablo, sino tambien á este: de consiguiente, la parte de Pablo, segun los artículos 627 y 628, no se devolverá á los herederos *ab intestato* mientras Pedro, sustituido en primer lugar, ó su sustituto Juan, quieran y puedan ser herederos.

ARTICULO 633.

Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes desiguales, tendrán estos, en la sustitucion, las mismas partes que en la institucion, si no apareciere claramente haber sido otra la voluntad del testador.

No hay razon para presumir que el testador quiso favorecerlos en la sustitucion mas que la institucion. «*Ni si forte alia mens fuerit testatoris quod vix credendum.*» Ley 24, título 6, libro 28 del Digesto, párrafo 2, título 5, libro 2, Instituciones, y ley 3, título 5, Partida 6: pero ni esta ni el párrafo 2 hacen la juiciosa escepcion ó advertencia de la ley 24.

El artículo 940 Napolitano y 878 Sardo reducen la escepcion al

solo caso de ser llamado en la sustitucion un tercero ademas de los coherederos, y probablemente la tomaron de la ley 11, título 26, libro 6 del Código.

Pero se ha preferido la prudente generalidad de la citada ley 24, siguiendo en esto á los intérpretes, que, apoyándose en las leyes Romanas 124, libro 30 del Digesto, y 1, título 26, libro 6 del Código, ponen como casos de evidente voluntad del testador para la igualdad de partes en la sustitucion, el de repetirse en ella los nombres de los instituidos, ó imponerse igual carga á todos.

ARTICULO 634.

El sustituto queda sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no apareciere claramente que el testador quiso limitarlas á la persona del instituido.

El artículo 604 Austriaco no distingue entre cargas y condiciones: «Las cargas impuestas al primer heredero son soportadas por el sustituto que entra en posesion;» el 959 Napolitano distingue: «Los sustitutos estarán sujetos á las mismas cargas que los instituidos; salvo si aparece que el testador quiso limitarlas á la persona de los instituidos. Sin embargo, las condiciones impuestas á la institucion, donacion ó legado, no se presumirán repetidas en la sustitucion, á menos de declaracion espresa;» lo mismo se lée en el 877 Sardo.

Esta distincion entre cargas y condiciones, como el exigir en las segundas *declaracion expresa*, y contentarse en las primeras con una voluntad que puede *aparecer de simples congeturas*, me parece tan sutil en teoría, como difícil y hasta peligrosa en la aplicacion.

La reñida disputa entre los intérpretes de Derecho Romano por las muchas leyes sobre este punto, olvidado en las nuestras, se reducia á si la condicion impuesta en la institucion se entiende repetida en la sustitucion. La ley 74, libro 30 del Digesto, habla de cargas, y decide afirmativamente, *si non fuit evidens diversa voluntas quod ex multis colligetur*, y pone ejemplos. La 77, párrafo 13, libro 31, es todavia mas absoluta en cuanto á la carga; en cuanto al tiempo de cumplirla dice *voluntatis questio est*: la 108, título 1, libro 35, decide tambien afirmativamente respecto de la condicion; escuso las citas y exámen de otras, que no darian mas luz sobre esta materia.

En el artículo se resuelve en sentido afirmativo y absoluto por la sencilla razon de no deberse presumir que el testador quiso favorecer mas al sustituto que al heredero, y por lo mismo han de entenderse repetidas en aquel las cargas y condiciones impuestas á este, *si non fuit evidens diversa voluntas, etc.*, pues que en materia de últimas volun-

tades todo cede á la del testador; pero como está según la razon y la ley Romana *ex multis colligetur*, la modificacion tiene que llevar hasta cierto punto el mismo carácter de generalidad que la regla.

Lo dispuesto en este artículo respecto del sustituto comprende todos los casos en que tenga lugar el derecho de acrecer: la parte acrecerá con las mismas cargas y condiciones impuestas al primer llamado: vé el artículo 816.

ARTICULO 635.

Toda sustitucion, fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se la revista.

«Las sustituciones son prohibidas,» dice con enérgica sencillez el artículo 896 Frances, nacido de la Revolucion en esta primera parte; pero añade en seguida la escepcion hecha bajo el Imperio en marzo y agosto de 1806, permitiendo con autorizacion Real la trasmision hereditaria de los bienes libres que formen la dotacion de un título hereditario, en una palabra, los mayorazgos ó fideicomisos familiares; pero fueron nuevamente abolidos en 1835.

A pesar de esto se conservó siempre el artículo 1048 Frances, del que ha sido tomado el 3 del nuestro 638.

El 942 Napolitano sigue el 896 Frances, salvando las escepciones que resulten espresamente de la ley y las disposiciones relativas á la institucion de los mayorazgos: trátase luego de ellos en diez y siete artículos que atenúan algunos inconvenientes de los antiguos: el 879 Sardo salva tambien los mayorazgos y fideicomisos.

El 1020 y 1021 Holandeses permiten la sustitucion del 1048 Frances, estendiéndola indefinidamente á los descendientes directos, nacidos ó por nacer, de los hijos, hermanos ó hermanas.

El 687 y 691 de Vaud siguen tambien al 1048 Frances.

El artículo 19 Bávaro y siguientes, capítulo 3, libro 3, admiten toda clase de sustitucion, vulgar, pupilar, cuasi pupilar, fiduciaria: el 604 y siguientes Austriacos admiten la vulgar y *fidei-comisaria*: el 50 Prusiano, título 12, parte 1, admite las mismas.

En Derecho Romano no solo era conocida la sustitucion de nuestro artículo 629 llamada *vulgar*, sino la *pupilar*, por la que el padre daba sustituto al hijo impúbero que tenia en su potestad para el caso de morir antes de llegar á la pubertad, es decir, á la edad de poder testar por sí mismo; el padre en este caso testaba por su hijo y disponia de todos sus bienes, como podria hacerlo el mismo hijo en edad perfecta.

A ejemplo de esta sustitucion se introdujo otra llamada *cuasi pupi-*

tar ó ejemplar: el padre podia testar por el hijo demente, aun cuando fuese púbero, para el caso de morir en el estado de demencia, título 15, y 16, libro 2, Instituciones.

Estas tres especies de sustitucion fueron adoptadas en el título 5, Partida 6.

Reconocieron tambien los Romanos los fideicomisos tanto universales como particulares; su origen, historia y efectos pueden verse en los títulos 23 y 24, libro 2, Instituciones: de los primeros ó universales hablan tambien la ley 14, título 5, y la 8, título 11, Partida 6; de los segundos la 3, y algunas siguientes del título 9, de la misma Partida.

¿Pero conocieron los Romanos los fideicomisos de familia y perpétuos?

Del capítulo 2 de la Novela 159 puede inferirse que no se extendian á mas de cuatro generaciones.

Nuestro Derecho vigente en materia de mayorazgos y fideicomisos era la ley de 21 de setiembre de 1820, restablecida por Real Decreto de 31 de agosto de 1836: por ella quedaron y por el artículo quedan prohibidos: tengo por inútil reproducir aqui los motivos de esta abolicion y prohibicion: *¿cui non dictus Hylas?*

ARTICULO 636.

Quedan comprendidas en la prohibicion del artículo anterior:

1.° *La disposicion por la que se declare inalienable toda ó parte de la herencia.*

2.° *Aquella por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero.*

3.° *La que, bajo cualquier nombre ó forma, tenga por objeto dejar á uno el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta segun las instrucciones que le hubiese comunicado el testador.*

Si los hubiere dejado simple y generalmente para distribuirlos en iglesias, conventos, fundacion de capellanías ú otra semejante, se entenderá comprendida la disposicion en el artículo 611, *salvo que para la calificacion y distribucion se asociará la persona nombrada por el testador á las designadas en el artículo* 610.

Número 1. Por Derecho Romano la simple prohibicion de enagenar sin designar las personas en cuyo favor se hacia, no inducia fideicomiso de familia y se tenia por no puesta, ley 114, párrafo 14, libro 30 del Digesto: nuestro artículo no hace esta distincion; la prohibicion se tendrá siempre por no puesta, y regirán las disposiciones del artículo siguiente.

Número 2. Ha sido tomado del 926 Holandes, mas lato cuando no mas espresivo en su número 2.° que el 896 Frances.

Segun este, la disposicion del número 2 seria válida, aunque en términos precisos se hubiera gravado al heredero con restituir á un tercero lo que al morir le restase de los bienes hereditarios, ó solo se le hubiese prohibido disponer de ellos por testamento. Rogron cita fallos del Tribunal de Casacion en este sentido, porque el heredero ó donatario pudo enagenar los bienes en vida, y el artículo Frances habla de *conservarlos y restituirlos*. Los fallos fueron justos, segun el artículo Frances; pero es preferible el Holandes: la libertad de disponer en vida y prohibicion de hacerlo por testamento, ó al contrario, podria favorecer indirectamente la amortizacion, y en ambos casos se verificaria que el testador disponia dos veces de sus bienes.

Número 3. Conforme á lo establecido en el artículo 559: vé lo allí espuesto. Semejante disposicion encierra un fideicomiso de la peor especie, pues, sobre convidar á delinquir, puede hacer ilusorias todas las prohibiciones ó incapacidades.

Se entenderá comprendida: por las mismas razones de humanidad y utilidad pública en que se apoya la piadosa presuncion é interpretacion de voluntad del artículo 611.

Para la calificacion. En los casos de los artículos 610 y 611, los albaceas no tienen parte en la calificacion de pobreza; aquí la tendrán cuando el testador les haya encargado la distribucion en iglesias, etc.: la presuncion é interpretacion de voluntad sobre el objeto no son tan naturales en este caso: por lo tanto, se da toda la intervencion posible á los albaceas ó persona encargada por el testador.

ARTICULO 637.

La nulidad de la sustitucion fideicomisaria no perjudica á la validez de la institucion de heredero, ni á los derechos del primer llamado.

Validez. Es decir, que la sustitucion ó fideicomiso se tendrá por no hecho, y en tal caso habrá de sucederse con arreglo á lo dispuesto en la seccion anterior: *utile per inutile non vitiatur;* y así se entendió y practicó la ley recopilada 15, título 20, libro 10, relativa á este mismo punto.

Se ha dado la preferencia al artículo 880 Sardo, que así lo dispone en testamentos, y el 1048 en las donaciones, sobre el 896 Frances que ordena lo contrario, á pesar de las razones alegadas por Rogron, que podrian tener mas fuerza en el caso de donacion.

Las últimas voluntades deben ser sostenidas en cuanto puedan te-

ner efecto; y lo cierto es que el testador dió la preferencia sobre todos al primer llamado. El mismo Rogron se hace cargo de la contradiccion que hay entre el artículo 896 y el 900 Franceses.

La ley 12, título 17, libro 10, Novísima Recopilacion, dió ocasion á muchos pleitos llamando á los *parientes inmediatos* en un caso parecido. La citada 15, título 20, calló sobre este punto; pero el Real Decreto de 30 de mayo de 1830, declaratorio de la misma, llamó tambien *á los parientes que segun derecho sean herederos ab intestato*, y fué causa de dudas y de pleitos: el artículo, segun he observado, nada prejuzga sobre este punto, que habrá de regirse por las disposiciones de la seccion anterior.

ARTICULO 638.

No se entiende sustitucion prohibida, la disposicion en que el testador deje la propiedad á uno, y el usufructo á otro ú otros con la limitacion prescrita en el artículo 437.

Puede tambien el testador dar sustituto en los bienes de libre disposicion al heredero impúbero para el caso en que este muera antes de llegar á la pubertad.

Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes á su hijo, con la carga de haberlos de restituir á los hijos que el segundo tenga ó tuviere en adelante, limitándose la restitucion á los nietos del testador, sin pasar á otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitucion queda sujeto á todas las obligaciones del usufructuario.

Vé el 938 en que se dispone lo mismo tratándose de donaciones; el primer párrafo es el 899 Frances, 930 Holandes, 944 Napolitano, 882 Sardo, y 1509 de la Luisiana.

Aquí, hablando con propiedad, no hay verdadera sustitucion sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la propiedad. Cierto es que la segunda no surtirá plenamente sus efectos sino despues de espirar la primera; pero el donatario de la propiedad no es sustituto del usufructuario que nunca la adquirió: esto es tan sencillo y palmario que escusa todo razonamiento. El segundo párrafo fué adoptado como base por la Comision, á propuesta mia, en beneficio de los impúberos: sin esta libertad podrian muchos retraerse de favorecerlos en testamento por temor de que, no pudiendo los impúberos hacerlo, le sucediesen en los bienes personas que no mereciesen el afecto del testador.

En las provincias de Fueros era casi de tabla ó fórmula sustituir en las donaciones por causa de matrimonio para el caso de no ser habidos hijos en él, ó de morir estos antes de la pubertad, y aun despues, sin hacer testamento.

El artículo 945 Napolitano permite á los padres, ascendientes, tios,

tias, hermanos y hermanas, hacer esta sustitucion á un menor de 18 años para el caso de morir sin posteridad antes de haberlos cumplido.

Pero ni el artículo Napolitano, ni nuestro párrafo 2, tienen nada que ver con la sustitucion pupilar Romana, que abrazaba todos los bienes del pupilo, procediesen ó no del testador.

El tercer párrafo es el artículo 1048 Frances, y 1020 Holandes, el cual en su segundo párrafo añade: que en caso de haber muerto un hijo pueda hacerse la misma disposicion en favor del nieto ó nietos.

El artículo deja á salvo los derechos del hijo en la legítima, segun lo que se dispone en el 643, y no tiene los caractéres de pena contra el hijo gravado con la restitucion ó sustitucion, pues que puede aplicarse igualmente al hijo disipador, como al que haya sufrido ya reveses de fortuna, ó que por su estado se halle expuesto á ellos: el padre es el único juez competente para apreciar los motivos que le impelan á hacer esta disposicion.

Nuestra legislacion actual era mucho mas lata, pues la ley recopilada 11, título 6, libro 10, ó 27 de Toro, permitia imponer el gravámen de restitucion, fideicomiso, vínculos, sustituciones en la mejora del tercio, que era legítima de los hijos respecto de estraños; y la 2 del mismo título permite hacer dicha mejora á favor de los nietos aunque vivan sus padres.

Nuestro artículo 654 permite, en cuanto á la doble porcion, lo mismo que la citada ley 2 permitia respecto del tercio, y por mayoria de razon autoriza la sustitucion ó restitucion de este tercer párrafo en cuanto á la mejora del duplo ó de la doble porcion; porque, si puede dejarse directamente al nieto, aunque viva el padre, mucho mejor podrá dejarse á este con la obligacion de restituirla al nieto.

A los hijos: no á favor de un hijo determinado, sino de los que ya tenga ó tuviere en adelante sin ninguna preferencia por razon de edad ó sexo, y sin pasar de los nietos del testador para evitar ó minorar en todo lo posible los vicios é inconvenientes de la sustitucion.

ARTICULO 639.

Lo dispuesto en esta seccion se observará igualmente en los legados y donaciones.

Los Códigos que, como el Frances y otros, tratan juntamente de donaciones y testamentos, no tienen necesidad de repeticiones; el Sardo, que trata separadamente de una y otra materia, dice en su artículo 1148: «En las donaciones entre vivos no se permiten las sustituciones, sino en los casos y con los límites establecidos para los actos de última voluntad.»

«La nulidad de las sustituciones no perjudicará á la validez de la donacion:» igual es el motivo y objeto de nuestro artículo y las razones de la prohibicion son las mismas en las herencias que en los legados y donaciones.

CAPITULO VI.

De los herederos forzosos y de las mejoras.

SECCION PRIMERA (1).

DE LOS HEREDEROS FORZOSOS.

La materia de últimas voluntades y mas particularmente la de *la porcion legítima*, es la que presenta mayor variedad en los Códigos: entre los Romanos fué embrolladísima, y el mismo Justiniano, á pesar de su loable propósito de simplificarla, solo consiguió desembarazarla de algunas sutilezas y dificultades. La prueba mas concluyente de la gran variedad en punto á la legítima, resultará de un cuadro comparativo de los diversos Códigos.

Las leyes de las 12 Tablas no reconocieron legítima: el padre, que tenia el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, debia tenerlo tambien para disponer de sus bienes como le pluguiese; *uti legassit*, *ita jus esto*: la supremacía de la autoridad paterna entraba en la constitucion política del Estado, y la severidad de la disciplina doméstica templaba la escesiva libertad del ciudadano, que, antes de serlo, habia contraido hábitos de moralidad y subordinacion.

A las conquistas siguió el lujo, y á este la corrupcion de las costumbres; notáronse abusos en la terrible y antes saludable autoridad de los padres, y se creyó preciso restringirla en este y otros puntos.

Introdújose, pues, á favor de los hijos (aunque se ignora cuando), la legítima de la cuarta parte de los bienes, fuese cualquiera el número de aquellos; Justiniano, en su Novela 18, la aumentó hasta el tercio siendo cuatro ó menos los hijos; y á la mitad, cuando eran cinco ó mas. Justo y razonable parecia tener en cuenta para la legítima el mayor ó menor número de hijos; pero resultó la contradiccion de que siendo cuatro percibian menos que siendo cinco.

Las leyes 17, título 1, y 7, título 11, Partida 6, copiaron las Romanas, calificando como estas á la legítima de *debdo natural*, *debitum naturale*; ley 36, párrafo 2, título 28, libro 3 del Código.

(1) Véase el apéndice sobre esta materia, número 7.

Pero la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, trasladada á la 9, título 3, libro 3 del Fuero Real, que aclaró la 28 de Toro, 8, título 20, libro 10 Recopilacion, habia establecido la legítima de los hijos tal cual ha llegado hasta nosotros al traves de tantos siglos, y á pesar del romanismo servil de las Partidas; dicha ley es tambien notable por las consideraciones de derecho público en ella espresadas, y porque reforma otra antigua que consagraba la absoluta libertad de los padres. Pero en las provincias de fueros fué siempre respetada esta libertad, y considerada como la base y rasgo característico de aquellos.

En Navarra la legítima de los hijos es puramente nominal, pues consiste en cinco sueldos febles Carlines, (moneda hoy imaginaria), y en una *robada* de tierra en los montes comunes: el padre con hijos puede disponer libremente de todos sus bienes en favor de estraños; ley 16, título 13, libro 3 de la Novísima Recopilacion Navarra, que no invoca para esto capítulo alguno del Fuero General, sino *el uso, estiló y costumbre inconcusa é inviolablemente observada de tiempo inmemorial*: el Fuero por el contrario, en su capítulo 8, título 4, libro 2, establece solamente cuatro causas de desheredacion.

En Aragon el padre es árbitro en señalar la legítima á los hijos, y en instituir heredero á uno solo de ellos. La legítima por práctica y costumbre es de diez sueldos Jaqueses, cinco por los bienes sitios (raices), y cinco por los muebles: pero los tribunales conceden suplemento de legítima al hijo, cuando lo que se le deja no guarda proporcion con los bienes del padre.

En algun tiempo se introdujo la práctica de que el padre pudiera instituir heredero á un estraño, dejando á los hijos los dichos diez sueldos por legítima; pero se desterró como contraria al Fuero, segun el que está el padre obligado á dejar la herencia á los hijos, ó por lo menos á uno de ellos.

En Vizcaya y pueblos de Alava comprendidos en la tierra de Ayala, Llodio y Aramayona, pueden los padres desheredar libremente á los hijos, eligiendo para la sucesion entre sus descendientes al que mejor les parezca, y separando á los demas con el mueble y raiz mas despreciable, pero sin poder salir de los descendientes, caso de haberlos.

En Cataluña hubo antiguamente variedad sobre este punto: en unas partes se observaba la legislacion Gótica; en otras el Derecho Romano antiguo que fijaba la legítima en la cuarta parte de los bienes; en otras el moderno, segun se desprende del capítulo 27 de las Córtes de 1332: pero desde 1585, á virtud de la Constitucion segunda de aquel Fuero ó Código municipal, se fijó la legítima en la cuarta parte de la herencia sin consideracion al número de hijos: el heredero podia pagar la legítima en fincas ó dinero.

La piedad y la reciprocidad dieron al fin entrada entre los Romanos á la legítima, verdaderamente luctuosa de los padres, sin diferencia alguna de la de los hijos en cuanto á la cantidad, pero con diferentes efectos en cuanto á la institucion: en lo primero se consultó poco á la razon; en lo segundo se dió demasiado á las sutilezas del derecho.

Las leyes de las Partidas copiaron las Romanas en cuanto á la cantidad, aunque la 1, título 8, Partida 6, derogó las sutilezas; por último, la 6 de Toro, 1, título 20, libro 10, Recopilacion, introdujo la justa diferencia entre una y otra legítima, fijando en dos tercios la de los padres y ascendientes: ni el Fuero Juzgo ni los Provinciales reconocieron legítima de padres y ascendientes.

Veamos los Códigos modernos.

Legítima de los hijos y descendientes. Artículos 915 Frances y 961 Holandes; la mitad de los bienes, quedando un hijo; dos terceras partes, quedando dos; tres cuartas partes, quedando tres ó mas.

Artículos 829 Napolitano, 575 de Vaud, y 765 Austriaco; la mitad de los bienes, sean uno ó muchos los hijos.

Artículo 1480 de la Luisiana; el tercio, quedando un solo hijo; la mitad, quedando dos; y dos tercios, quedando tres ó mas hijos.

Artículo 719 Sardo; el tercio, quedando uno ó dos hijos; la mitad quedando mas.

Artículo 15, capítulo 3, libro 3 del Código Bávaro; un tercio, y siendo cinco ó mas los hijos, la mitad; es decir, lo mismo que por Derecho Romano.

Artículo 392, título 2, parte 2 del Código Prusiano; el tercio, habiendo uno ó dos hijos; la mitad, si son tres ó cuatro; dos tercios, quedando cinco ó mas hijos.

Se vé, pues, que á escepcion de los Códigos de Nápoles, Vaud y Austria, los demas varían en el tanto de la legítima segun el número de hijos; pero unos y otros están acordes en señalarla mucho menor que la nuestra actual; y de consiguiente fortifican la autoridad paterna.

Sin embargo, nuestras leyes, aunque mas favorables á los hijos respecto de estraños, han cuidado tambien de armar al padre con la ingeniosa mejora del tercio, que remonta al Fuero Juzgo y no tiene original ni copia, al menos que yo sepa, en los Códigos antiguos y modernos.

Cierto es que la diferencia de legítima respecto de estraños é hijos, complica no poco la materia de mejoras; pero este ligero inconveniente desaparece ante consideraciones de órden superior.

Una de las bases preliminares adoptadas por la Comision general, fué la de no innovar lo existente sino en caso de necesidad ó de evidente utilidad y equidad.

Por otra parte, ¿á qué Código nos atendriamos para innovar, siendo tanta la variedad y discordancia que se advierte en ellos?

Una sola innovacion se ha hecho en la legítima de los hijos por parecer razonable en sí misma, y aun conforme al espíritu de nuestra actual legislacion.

El arma del tercio quedaba embotada en manos del padre cuando no tenia sino un hijo ó descendiente. Se ha sustituido, pues, por la facultad de disponer del tercio de todos los bienes á favor de estraños; el padre será asi mas fuerte, y el hijo mas sumiso.

Legítima de ascendientes.

Artículo 915 Frances; la mitad, quedando ascendientes de las dos líneas; el cuarto, si quedan de una sola.

Artículo 831 Napolitano; la mitad siempre; es decir, la misma que la de los descendientes.

Artículo 962 Holandes; la mitad; lo mismo el 502 Prusiano, título 2, parte 2.

Artículo 1481 de la Luisiana; el tercio, si queda padre ó madre, ó los dos: calla sobre los otros ascendientes.

Artículo 722 Sardo, el 14, capítulo 3, libro 3 del Código Bávaro; los 765 y 766 Austriacos, el tercio, quedando ascendientes; conservan, pues, los tres últimos la legislacion Romana, que fué tambien la de nuestras Partidas, y varió la ley de Toro, que se conserva aunque es superior á todas las mencionadas, porque tambien lo es la de los descendientes, y debe guardarse proporcion entre ambas. Por esta misma consideracion se reduce á la mitad la legítima cuando quede uno solo de los padres, ó ascendientes mas inmediatos: en igualdad de caso se reduce á dos tercios la de los hijos y descendientes.

La Comision general, en su sesion del 17 de diciembre de 1843, habia aprobado en esta materia una grande innovacion contra el parecer de la Seccion del Código civil, concediendo legítima en general ó dando el carácter de heredero forzoso al viudo ó viuda, aun concurriendo con hijos ó descendientes suyos ó de otro matrimonio, pero la Comision, sin fijar la legítima para ningun caso, acordó al mismo tiempo que el viudo ó viuda no escluyeran á los ascendientes ni colaterales de su difunto consorte, al menos hasta cierto grado: insigne galanteria y sin ejemplo en ningun Código!

Pero esta galanteria, dejando aparte la anomalia é irregularidad de que un heredero forzoso en concurso de hijos no escluye ni aun á los colaterales, y dejando tambien otras consideraciones de órden moral, presentó dificultades insuperables cuando llegó el caso de articularla y ponerla en ejecucion.

Yo fuí el encargado de toda la materia de herencias por testamento

ó sin él, y tuve por lo mismo necesidad de poner la mano en esta base: hice al efecto mil cálculos y combinaciones; pero todos mis esfuerzos no alcanzaron á evitar la complicacion y contradicciones.

En vista de mis trabajos, la Seccion se convenció de esta imposibilidad, y por último acordó reemplazarla con otras disposiciones mas sencillas, á la par que beneficiosas á los viudos y que tienen precedentes en algunos otros Códigos; tales son la de los artículos 653 y 773 en el que espondré con mayor estension este punto.

Para mayor ilustracion de lo hasta aqui expuesto, conviene leer la memoria presentada por mí á la Comision, y que va por apéndice con el número 10 al fin del título siguiente.

ARTICULO 640.

Llámanse herederos forzosos aquellos á quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porcion de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredacion.

La porcion reservada se llama legítima.

«Se llaman herederos necesarios las personas que tienen derecho á la legítima,» artículo 14, capítulo 3, libro 3 del Código Bávaro, y 762 Austriaco: «La legítima es una porcion de los bienes reservada á los herederos llamados por la ley en línea directa, y de la que el difunto no ha podido disponer, ni por donacion entre vivos, ni por testamento,» artículo 960 Holandes. Nada tiene que ver con este artículo la division de herederos en *necesarios*, *suyos y necesarios*, *y estraños*, del título 19, libro 2, Instituciones, copiada en la ley 21, título 3, Partida 6, aunque esta misma encierra el concepto del artículo cuando dice: «Non los puede desheredar sin justa causa:» en el dia todos los herederos son voluntarios, todos pueden repudiar ó abstenerse de la herencia, bien sean esclavos, bien hijos constituidos bajo la patria potestad del testador.

Sin causa justa: porque la legítima es debdo natural, *debitum naturale*, segun la expresion de las leyes 17, título 1, 7, título 11, Partida 6, y la 36, párrafo 2, título 28, libro 3 del Código; sin embargo, al tratar de la desheredacion notaré los Códigos que no la admiten.

ARTICULO 641.

Son herederos forzosos:

1.° *Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.*

2.° *Faltando los del número anterior, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos.*

Los Códigos modernos dicen simplemente, «línea directa, descendientes y ascendientes:» esto es mas breve y sencillo; pero se ha conservado el lenguaje de la ley recopilada 1, título 20, libro 10, ó 6 de Toro.

Sobre la disposicion de este artículo se hallan acordes la legislacion antigua y moderna; habia no obstante provincias de Fueros, en que los padres, lejos de ser herederos forzosos de sus hijos, eran escluidos por los hermanos de estos en las sucesiones *abintestato*: véase lo espuesto en el proemio.

Legítimos. Queda por consiguiente derogada la ley recopilada 5, título 20, libro 10, ó 9 de Toro, en cuanto dispone: «que no teniendo la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, les sean herederos legítimos, *ex testamento* y *ab intestato* el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espúreos.»

Eran, pues, los tales hijos en el caso propuesto, herederos forzosos de la madre, y por consecuencia de los abuelos maternos; pero lo que es un justo premio ó derecho de la legitimidad, no debe, en principios de moral y política, estenderse á los hijos naturales y espúreos.

ARTICULO 642.

La legítima de los hijos y descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendientes será de los dos tercios, siendo aquellos dos ó mas; y de la mitad, siendo uno solo. Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujecion á lo determinado en el artículo 653.

Sobre los motivos de este artículo vé el proemio.

Quedando un solo hijo, etc.: porque en este caso queda embotada en manos del padre el arma del duplo ó doble porcion del artículo 654, y quedaba antes la del tercio. Pero cesará esta disposicion, cuando el mismo hijo tenga otro ú otros hijos, nietos del testador, segun lo dispuesto en el mismo artículo.

Y de la mitad siendo uno solo: porque en igual caso se reduce la del hijo á dos tercios, y debe guardarse proporcion y analogía entre una y otra legítima: vé lo espuesto en el artículo 773, en las palabras en el cuarto.

ARTICULO 643.

La legítima no admite gravámen, ni condicion ni sustitucion de ninguna especie.

Conforme con el 725 Sardo, 577 de Vaud y 774 Austriaco: los dos últimos prohiben expresamente la sustitucion; pero es claro que esto va embebido en el espíritu de nuestro artículo.

Si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamem introducente, eorum jura (herederos forzosos) *imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens, tollatur: et res ita procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*, ley 32, título 28, libro 3 del Código.

«Libre é quita, sin embargo, é sin agravamiento, é sin ninguna condicion; é si las pone, non empescen al fijo heredero, magüer non las cumpla;» leyes 17, título 1, y 11, título 4, Partida 6. Esto es consiguiente al concepto de *deuda natural*, que dan las mismas leyes á la legítima; y el deudor no puede dictar leyes al acreedor en el pago.

Por esta razon, y por hallarse prohibidas las sustituciones en la seccion anterior, queda derogada la ley 27 de Toro, ó recopilada 11, título 6, libro 10, que las permitia en la mejora del tercio.

ARTICULO 644.

La pretericion de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento ó nazcan despues, aun muerto el testador, anula la institucion de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institucion surtirá efecto.

La ley 24 de Toro, ú 8, título 6, libro 10, Novísima Recopilacion, dice: «Cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, etc., no por eso deje de valer la mejoria del tercio y quinto.» *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum quamtum ad institutiones, cætera namque firma permanent.* Auténtica, título 28, libro 6 del Código.

El artículo da mayor claridad y latitud, ó por lo menos fijeza, á estas disposiciones Patria y Romana.

A pesar de la ley de Toro, se nos ha enseñado en las escuelas, que la pretericion anulaba enteramente el testamento, y que no estaban corregidas por ella las leyes 3, título 7, y 1, título 8, Partida 6, que asi lo declaraban: en Derecho Romano hemos aprendido como incorcuso lo contrario de la auténtica en el caso de pretericion de un heredero *suyo*; y esto era lo cierto, porque la auténtica fué tomada de la Novela 115, capítulos 3 y 4, en la que de intento se trata de la desheredacion y de sus causas, y de la rescision del testamento, por la que-

rella de *inoficioso*; de consiguiente, la desheredacion hace referencia al padre; la pretericion á la madre, pues respecto de ella constituye una desheredacion tácita.

Sala en sus Instituciones Romano-Hispanas, párrafo 5, título 13, libro 2, está por las leyes de Partida; y en su Ilustracion, número 3, título 5, libro 2, sostiene lo contrario, y en apoyo de la ley de Toro cita la auténtica. «Lo establecieron así (dice) las leyes Romanas, y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurrió la indignidad ó sinrazon que la motivó.»

Prescindiendo de todo esto, el artículo hace sencillo y claro lo que hasta ahora ha sido embrollado y dudoso. Su justicia resalta por lo exorbitante de nuestra legítima actual, comparada con las de los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir, aun cuando el testador ignorare la existencia del heredero forzoso, contra lo que opina Gomez, número 3 á dicha ley 24.

Los artículos 776 y 777 Austriacos dicen: «El hijo no mencionado en el testamento, y cuya existencia era conocida por el testador, no puede pedir sino su legítima; pero si su existencia no era conocida por el testador, tiene derecho á una parte de hijo el menos favorecido.»

El 778: «Si el testador no tiene sino un solo heredero forzoso, y su nombre ha sido enteramente omitido (preterido), el testamento es nulo; mas subsistirán hasta donde alcance la cuarta parte de la herencia los legados piadosos y de reconocimiento.»

El 832 Sardo: «Las disposiciones testamentarias hechas por aquel que, á la época del testamento, no tenia ni hijos ni descendientes, serán revocadas de pleno derecho por sobrevenir un hijo ó descendiente legítimo, aun póstumo, ó por la existencia de un hijo adoptivo ó legitimado.»

El 833: «Esta disposicion es nula, si los hijos nacidos despues del testamento han muerto antes que el testador.»

El 589 de Vaud: «Si un hijo no ha sido nombrado en el testamento de su padre, ni como heredero, ni como legatario, el testamento es nulo.»

El 890: «Si un nieto ó una nieta, cuyo padre ó madre ha muerto antes, no ha sido mencionado en el testamento de aquel de quien descendia el padre ó la madre *premuertos*, el testamento subsiste; pero el nieto ó la nieta tomará en la herencia una parte igual á la del heredero menos favorecido: sin embargo, esta parte no podrá ser menor que la legítima, y se sacará en justa proporcion de todas las porciones hereditarias y de los legados.»

Si los herederos, etc. Por Derecho Romano esto solo regia en el cuasi póstumo, ó hijo nacido despues de hecho el testamento, y que mo-

ria en vida del testador; no en el que vivia al hacerse el testamento, ni en el verdadero póstumo, ó nacido despues de muerto el testador. Ley 12, título 3, libro 28 del Digesto, artículo 833 Sardo, arriba copiado.

ARTICULO 645.

El heredero forzoso á quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, solo podrá pedir el complemento de esta.

Por Derecho Romano y Patrio, para que tuviera lugar la disposicion de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando este, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela 115, capítulo 5, ley 5, título 8, Partida 6: se atendia mas al honor del título, que á la realidad de la cosa, ó al valor de lo dejado.

En el caso de pretericion puede presumirse ignorancia ó falta de memoria en el testador; en el de este artículo, no: deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso.

ARTICULO 646.

Toda renuncia ó transaccion sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; y los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros; pero deberán traer á colacion lo que hubieren recibido por la renuncia ó transaccion.

Es el artículo 836 Napolitano, conforme al párrafo 1, ley 35, título 28, libro 3 del Código; y aunque podria entenderse comprendido en el 994, no huelga aqui, porque las renuncias ó transacciones rara vez tienen lugar sino entre herederos forzosos, y particularmente en las capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros.

El Código Frances tiene dos artículos, aunque iguales en su fondo y sustancia; el 791 en la materia de herencias, y el 1130 en la de contratos.

El 791 Frances es el 708 Napolitano, 731 de Vaud, 1009 Sardo y 1109 Holandes.

El 1130 Frances *parece* ser el 1084 Napolitano, 831 de Vaud, 1220 Sardo, 1370 Holandes y 1881 de la Luisiana; pero en el siguiente 1882 se hace una escepcion á favor del matrimonio: « Una sucesion futura puede ser objeto de un contrato de matrimonio. »

Téngase presente que el 1009 y 1220 Sardos esceptúan las renuncias hechas al entrar en Religion, de que trata aquel Código en los artículos 1187 y siguientes.

El capítulo 2, libro 3 del Código Bávaro, entra permitiendo que «se

pueda renunciar á la sucesion de un hombre vivo, venderla ó adquirirla.» El artículo 551 Austriaco dice que se puede renunciar *anticipada y eventualmente;* mas parece rozarse con el 879, que dice: «Es nulo el contrato por el que se enagena la sucesion de una persona viva:» los motivos de esta prohibicion y otras doctrinas legales pueden verse en el citado artículo 994 á la palabra «Herencias.»

ARTICULO 647.

Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán á peticion de estos, en lo que fueren inoficiosas ó escesivas.

Concuerda con los 920 Frances, 730 Sardo, seguidos por los otros Códigos: es en todas las legislaciones una consecuencia forzosa del establecimiento de la legítima. Leyes 26 y 28 de Toro, 10, título 6, y 8, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion; sobre este artículo y siguientes conviene ver lo que espongo en el 971, refiriéndome al Derecho Romano.

ARTICULO 648.

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que hayan quedado á la muerte del testador, con deduccion de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento,

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenian todas las donaciones del mismo testador en el tiempo en que las hizo.

A la muerte del testador: mortis tempus inspicitur, ley 6, título 28, libro 5 del Código; *quia nulla viventis successio, nulla hæreditas est*, leyes 1, título 4, libro 8, y 1, título 5, libro 41 del Digesto: «la herencia se abre por la muerte,» artículo 550.

Sin comprender, etc.: porque estas, como disposiciones testamentarias, quedan sujetas en su caso á la reduccion del artículo anterior.

Al valor líquido: porque no se entiende por bienes sino lo que resta hecha esta deduccion y pago, leyes 39, título 16, libro 50 del Digesto, y 8, título 33, Partida 6. Esto mismo se observará en el caso de intestado, ley 3, título 29, libro 5 del Código.

Cuarta (que entonces era legítima, y por la Novela 18, capítulo 1, se aumentó á la tercera parte, ó la mitad segun el número de hijos); *autem accipietur, scilicet deducto ære alieno et funeris impensis*, ley 8, párrafo 9, título 2, libro 5 del Digesto.

Se agregará. El que tiene herederos forzosos tampoco puede menguar su legítima por liberalidades entre vivos, pues de otro modo ven-

dria aquella á ser ilusoria: las donaciones, por lo que hace á la legítima y poderse ó no calificar de inoficiosas, quedan en suspenso hasta la muerte del testador. Estò es conforme al título 29, libro 3 del Código *de innofficiosis donationibus*, al 30 de *innofficiosis dotibus*, y aun mas á la Novela 92, capítulo 1, á pesar de lo que diga Gotofredo; lo mismo en el 920 Frances, 731 Sardo, y en los de todos los Códigos modernos: seré mas largo sobre esto al tratar de las mejoras en el apéndice número 8.

En el tiempo en que las hizo. Es conforme á lo aprobado en el artículo 887 para los herederos forzosos: aqui se habla de todos, porque los motivos son los mismos y de mayor fuerza contra herederos extraños: vé lo que espongo al dicho artículo 887 sobre los motivos de habernos separado de los Códigos modernos y de la opinion comun.

ARTICULO 649.

Fijada la legítima con arreglo al artículo anterior, se hará la reduccion como sigue:

1.° *No se llegará á las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó dejando absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias.*

2.° *La reduccion de estas sè hará á prorata sin distincion alguna. Si el testador quiso que se pagára cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá reduccion sino despues de haberse aplicado estos por entero al pago de la legítima.*

3.° *Si la disposicion consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposicion ó abandonar la parte disponible.*

Número 1. Es el artículo 923 Frances, 971 Holandes, 1157 Sardo, y general en todos los Códigos. Los donatarios tenian adquirido un derecho de que el mismo donador y testador no podia privarlos. *Les legs ne doivent etre payes qu' apres l'acquit des dettes et charges, la quotité reservee par la loi est au nombre des charges*; discurso 55, al artículo 926 y 923: la legítima en el lenguage de las leyes Romanas y Patrias es una deuda natural.

Número 2. Pues que todas son iguales y de una misma naturaleza. Por esta razon se practicaba lo mismo para sacar la cuarta Falcidia, leyes 73, párrafo último, y 81, párrafos 1 y 2, título 2, libro 25 del Digesto, y ley 1, título 11, Partida 6.

El primer párrafo es el artículo 926 Frances, 733 Sardo, y comun á todos los Códigos.

El segundo párrafo es el artículo 927 Frances, 734 Sardo, y comun tambien á todos los Códigos: el testador puede preferir el pago de un legado al de otro, y es justo que se respete su voluntad mientras no se perjudique á la legítima.

Número 3. Es el artículo 917 Frances, 965 Holandes, 1486 de la Luisiana; los 546 y 547 Prusianos, título 12, parte 1, toman otro rumbo mas complicado, diciendo: «La parte de los legatarios que reciben anualidades ó un usufructo, se capitalizará para poder hacer las reducciones.»

El medio adoptado por el Código Frances y los que lo siguen es mas sencillo, pues aleja las dificultades con que puede tropezarse para apreciar justamente las disposiciones objeto de este número.

Los legatarios del usufructo ó de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador: los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que son libres en ejecutar la disposicion, si creen que no es inoficiosa y excesiva, ó en reemplazarla cediendo la parte disponible, si creen lo contrario.

Si, por ejemplo, se lega una renta vitalicia á una persona de edad avanzada y de salud achacosa, es probable que la renta vitalicia se extinguirá pronto, y los herederos tienen interés en darla.

Si, por el contrario, el legatario es jóven y robusto, de modo que puede dársele una vida larga, tal vez convendrá á los herederos cederle la porcion disponible, y librarse del pago de la renta.

Esto mismo se observará por paridad de razon en las donaciones de usufructo ó renta vitalicia.

ARTICULO 650.

Cuando el legado sujeto á reduccion consiste en una finca que no admite cómoda division, quedará la finca para el legatario, si la reduccion no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos, pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

Tomado de los artículos 735 y 736 Sardos, con una ligera modificacion: el 736 dice: «Cuando no pueda hacerse cómodamente la separacion ó division, el legatario deberá dejar la finca por entero en la herencia, si el valor de aquella escede en mas del cuarto al de la porcion disponible, pero, si la finca no se eleva á un valor que esceda esta cuota, el legatario podrá retenerla con la obligacion de indemnizar á los herederos forzosos.»

La apreciacion de nuestro artículo parece mas fácil y sencilla á la par que mas equitativa: el simple esceso decide respectivamente del

derecho: esto mismo deberá regir en las donaciones: vé los artículos 664 y 971.

El 972 Holandes es mas sencillo, y tal vez menos razonable: «La restitucion de los inmuebles que deberá tener lugar por consecuencia del artículo anterior (por la reduccion) se hará en especie, á pesar de toda estipulacion contraria.»

«Esto no obstante, si la reduccion recae sobre una finca que no admita cómoda division, el donatario, aún estraño, tendrá la facultad de pagar en dinero lo que se debe á los herederos legitimarios (forzosos.)»

ARTICULO 651.

Si los herederos ó legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenia: si este tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta á instancia de cualquiera de los interesados.

Es el único medio posible y razonable para salir de este embarazo, y guarda armonía con lo dispuesto en el final del artículo 1455.

SECCION II.

DE LAS MEJORAS. (1).

ARTICULO 652.

Los padres y ascendientes pueden disponer en vida ó en muerte en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigorosa de sus hijos y descendientes, segun lo dispuesto en el artículo 642.

Este artículo es de jurisprudencia universal, y no necesita motivarse, ni admite comentarios: todo lo que no sea legítima rigorosa es de libre disposicion.

Por esto mismo no hay propiedad legal, ni de lenguaje, en llamarla mejora, ni debia tener lugar en esta seccion: véase el principio del apéndice.

Los padres y ascendientes: y tambien los hijos y descendientes, cuando aquellos les sean herederos forzosos, y tengan por consiguiente derecho á la legítima del párrafo 3, del artículo 642.

(1) Véase el apéndice número 8.

ARTICULO 653.

Los padres y ascendientes pueden ademas disponer en favor de su cónyuge en usufructo:

1.° *De la cuarta parte de la legítima del hijo, si queda uno solo ó descendientes que le representen.*

2.° *De un quinto de la legítima, si deja dos ó mas hijos ó descendientes que le representen.*

Si el testador deja solo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer hasta de la mitad de su herencia en propiedad á favor de su cónyuge.

El cónyuge binubo no gozará de la facultad concedida en este artículo.

Se hace aqui una excepcion en favor del viudo ó viuda á lo dispuesto en el artículo 642.

Parece por lo menos humano y equitativo dar á los esposos entre sí alguna mayor facultad para demostrarse su cariño y solicitud; y el ejemplo dado en este punto por otros Códigos era mas recomendable para nosotros que habemos suprimido el usufructo universal de los viudos, arraigado y aun querido en algunas de las provincias de Fueros como en Aragon y Navarra; de este modo el buen esposo deberá á sus merecimientos y al amor del difunto lo que aun el malo debia en dichas provincias á la fria disposicion de la ley.

De la materia de este artículo trata el 1094 Frances, seguido por el 1049 Napolitano, 1759 de la Luisiana y 705 de Vaud, aunque por este último con alguna variacion.

Pero nuestro artículo dista mucho del Frances, y está exento de sus contradicciones en un caso, y de su escesiva dureza en otro, por mezclar el *usufructo y propiedad.*

La contradiccion del artículo Frances resulta de que, en el caso de morir el testador con un solo hijo, puede dejar á un extraño mas que al viudo ó viuda; y la dureza, de que, muriendo solo con padres ó ascendientes, puede privarlos enteramente del usufructo, y como probablemente, atendida su mayor edad, han de morir antes que el viudo ó viuda, la herencia ó legítima vendria á serles del todo inútil contra las razones de piedad y compasion, que dieron lugar á su establecimiento bajo el nombre de luctuosa.

Nuestro artículo es mas sencillo y despejado; el viudo ó viuda podrá percibir siempre mas que un extraño, en usufructo, quedando hijos, y en propiedad, quedando padres ó ascendientes, los que no se verán privados en su vejez é infortunio del usufructo y propiedad de la mitad de su legítima.

El cónyuge binubo. Los segundos matrimonios han sido mirados con disfavor en casi todos los Códigos como perjudiciales y hasta peligrosos para los hijos del primero; en este espíritu han sido redactados los artículos 615, 663 y 1262.

ARTICULO 654.

Pueden ademas los padres y ascendientes disponer en favor de cualquiera de sus hijos y descendientes, hasta el duplo ó de una doble porcion de la legítima correspondiente á cada uno de los primeros.

Esta doble porcion se llama mejora.

Este artículo en su primitiva redaccion solo permitia mejorar á los hijos en otro quinto igual al que podia disponerse á favor de extraños: pero en la sesion de 30 de octubre de 1848 sufrió alteracion, ó, por mejor decir, no fué aprobado el pensamiento.

El quinto, propuesto por mí, y el antiguo tercio se redujeron á la mejora de una parte igual á la legítima de cada uno de los hijos, por manera que en todos los casos se ha de suponer un hijo mas. Si hay dos, la mejora será de un tercio; si tres, de un cuarto; si cuatro, de un quinto, y asi en los otros casos.

El caudal, deducido al quinto, es de 12000, y hay dos hijos; se supone haber tres, y á cada uno de ellos tocarian 4000; el mejorado llevará 8000; el otro 4000. Hay tres hijos; se suponen cuatro; el mejorado llevará 6000, los otros dos, cada uno 3000. Hay cuatro hijos; se suponen cinco; el mejorado se llevará 4800; cada uno de los otros tres 2400. Hay cinco hijos, se suponen seis; el mejorado se llevará 4000; cada uno de los otros cuatro 2000: de modo que en todos los casos el mejorado se lleva doble porcion. Pero asi la mejora decrece cuanto mayor es el número de hijos, y esto parece muy equitativo. En el caso de cinco hijos, por el sistema actual del tercio, el mejorado tiene 5600, y cada uno de los otros cuatro 1600: por el nuevo, el mejorado tendrá 4000; y cada uno de los otros cuatro, 2000.

Demos el caso de siete hijos: por el sistema del tercio, el mejorado tiene 5142 con 6/7 y cada uno de los otros seis, 1142 con 6/7: por el nuevo, el mejorado 3000; cada uno de los seis, 1500.

En el mismo artículo proponia yo que la mejora de mi nuevo quinto, ó antiguo tercio, no pudiera salir de los hijos ó descendientes *herederos forzosos*, lo que envolvia la derogacion de la ley 18 de Toro, que es la 2 Recopilada, título 6, libro 10; pero tampoco en esta parte mereció la aprobacion.

La celebre ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, que fijó la le-

gítima de los hijos en los cuatro quintos de los bienes del padre, empero dejando á este la facultad de mejorar en el tercio, dice: *Pater vel mater, avus vel avia:: filiis aut filiabus, vel nepotibus atque neptibus,* sin espresar si los nietos, á quienes permite mejorar, han de ser herederos forzosos del abuelo por haber muerto el padre, ó si podrán ser mejorados, aun viviendo el padre.

Tampoco lo espresó la ley 9, título 5, libro 3 del Fuero Real. «Si quisiese mejorar á algunos de los hijos ó de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes.»

Gomez, hablando de esta ley en el número 1 de sus Comentarios á la 18 de Toro, opina que, segun su letra y espíritu, no podian ser mejorados en el tercio los nietos que por vivir su padre no eran herederos forzosos del abuelo, *ita videbatur disponere.*

Esta interpretacion de las leyes del Fuero Real y Juzgo era lógica y conforme á la máxima de jurisprudencia universal, de que *la legítima no puede salir de los herederos forzosos.* La simple facultad de mejorar en el tercio era ya hasta cierto punto una quiebra, excepcion ó desvio de aquella máxima; pero las excepciones ó desvios del derecho comun son de extricta interpretacion, y no deben llevarse mas allá de lo expresado literalmente.

La citada ley 18 de Toro, ó Recopilada 2, título 6, libro 10, interpretó de otro modo las de los Fueros, ó, por mejor decir, estableció una cosa nueva, disponiendo que la mejora del tercio pudiera hacerse á los nietos ó descendientes legítimos del testador, aunque sus hijos, padres de los dichos nietos ó descendientes, fuesen vivos.

Conservóse, pues, esta disposicion, y yo sacrifiqué gustoso el rigor de mi principio á poderosas consideraciones de equidad; un abuelo tierno y solícito ha de tener algun medio para proveer á la suerte de sus nietos harto desgraciados con tener un padre disipador, y que por esto solo no puede ser desheredado: estas mismas consideraciones influyeron para la excepcion del tercer párrafo del artículo 638, á pesar de la rigorosa prohibicion sobre sustituciones.

Si en algun caso pudo ser útil la facultad concedida á los abuelos por la ley 18 de Toro, fué precisamente cuando no tuvieran mas que un solo hijo con nietos del mismo, porque, si estos no podian ser mejorados, quedaba ilusoria la facultad de mejorar y el abuelo desarmado; asi es que yo admití esta excepcion á pesar del rigor de mi principio.

Causa, por lo tanto, asombro leer en Gomez, al número 3 de su Comentario á la mencionada ley, que en el caso propuesto no podia el abuelo mejorar al nieto ó nietos: Gomez, como era natural, se quedó casi solo en su infundada y estravagante opinion: vé lo espuesto al fin del artículo 638.

Ascendientes:: descendientes. Abraza, pues, el artículo en su disposicion á los bisabuelos, biznietos, etc.: en esto dice bien Gomez, *eadem est ratio in uno quæ in alio*; y puede hacerse la mejora á uno, dos ó mas, siempre que no esceda la medida del artículo.

Se llama mejora: tengo ya dicho que, hablando con propiedad, no hay otra; y no se pierda de vista el artículo 615, por el que se prohibe al cónyuge binubo la facultad de mejorar á ninguno de sus hijos del segundo ó ulterior matrimonio.

ARTICULO 655.

En la mejora del duplo se observará lo dispuesto en el artículo 645 sobre la legítima en general.

Esto habria sido en todos tiempos rigorosamente lógico por conforme á la índole de la legítima; la ley Recopilada 11, título 6, libro 10, ó 27 de Toro, empapada en el espíritu de la época, permitió gravar la mejora del tercio con toda especie de vínculos y sumisiones; hoy no puede sostenerse por lo dispuesto sobre sustituciones.

ARTICULO 656.

El quinto disponible á favor de extraños se sacará de los bienes con preferencia á la doble porcion, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo cuando hubiere dispuesto antes é irrevocablemente del primero.

Con preferencia. Es conforme á la 214 del *Estilo*, que ha estado en observancia por mas favorable al mejorante; pues así puede este disponer de mayor cantidad en favor de su alma y de extraños; á mas de que el quinto de todos los bienes está fuera de la legítima, y la mejora dentro de esta.

Si el mejorante: cualquiera puede renunciar á lo que ha sido establecido en su favor. *Unicuique licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt*, ley 41, título 5, libro 4 del Digesto.

Pero no podrá: porque se entiende que dispuso del quinto de todos sus bienes, y hay ya creado un derecho irrevocable á favor de un tercero. Lo contrario, aunque por la misma razon, sucederia si hubiera dispuesto antes de la doble porcion (antiguo tercio), pues se presume que al hacer esta mejora pensó tan solo en la legítima sobre la que recae, no en todos los bienes: este es el espíritu del artículo contra la opinion de Angulo y Sala.

ARTICULO 657.

Ninguna donacion, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar.

Ademas, para ser válida la declaracion, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible á favor de extraños, ó de la legítima disponible entre hijos, ó de ambas.

Este artículo da en tierra con la ley 26 y otras de Toro, y simplifica grandemente la materia de mejoras. La legítima es una deuda natural; asi, lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipacion ó pago á cuenta de aquella; en esto á nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica á los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones solo puede prevalecer la voluntad expresa del donador. *Ne sont en realité que des remises anticipeës des parts que les donataires successibles doivent recueillir un jour dans la succession*; palabras de un fallo del Tribunal de Casacion, copiado por Rogron al artículo 922: en la donacion hecha á un extraño no cabe esta presuncion.

Es tambien conforme á lo que tenemos aprobado en el artículo 882: las donaciones se traen á colacion, si no hay dispensa expresa; y la colacion tiene por objeto formar una sola masa de los bienes existentes á la muerte del padre y de los donados en vida.

ARTICULO 658.

La promesa de mejorar, hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificacion prescrita en el artículo anterior, y aceptada por aquel á quien se hace, equivale á mejora.

Si la promesa fuese de no mejorar, y se hiciese en escritura pública, será nula toda mejora que se hiciese en contravencion de ella.

Es la ley recopilada 6, título 6, libro 10, ó 22 de Toro, que no habla de promesa vaga de mejorar, sino especifica «en el dicho tercio y quinto.»

Gomez, número 20, á la ley 17, pone la cuestion de si vale, ó se vicia por la incertidumbre la mejora simple y genérica, sin otra cosa que la determine, y hace una remision que no he encontrado.

En la promesa de no mejorar la ley no exigia que se hubiese hecho por causa onerosa; y asi se conserva.

Era una cuestion reñida entre nuestros intérpretes, si por la ley, llamada de Madrid, 6, título 5, libro 10, Novísima Recopilacion, que

prohibió dar ni prometer, por via de dote, ni casamiento de hija, tercio ni quinto, se entendia tambien prohibida en los mismos casos la promesa de no mejorar á los otros hijos.

En adelante no podrá ya renovarse tal cuestion, porque ni en esta materia, ni en la de dotes, hemos adoptado las odiosas restricciones puestas contra las hijas en la citada ley 6, y en la 7 siguiente.

La promesa de mejorar, ó no, tiene mucho de pacto succesorio prohibido por regla general en nuestro artículo 994.

Gomez, conviniendo en la prohibicion general, defiende la ley de Toro en sus números 20 y siguientes.

ARTICULO 659.

Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado.

Está aprobado en otros términos en el artículo 882: en uno y otro milita la presuncion contraria que en el de donacion del 657: es lo que en derecho se llama *prelegado*.

ARTICULO 660.

Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos.

Téngase presente el artículo 657, y lo en él espuesto. La voluntad espresa del mejorante debe guardarse en cuanto no lastime los derechos de los herederos forzosos. Si no constare, debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos, y quiso mas bien gravar con la mejora la parte de que podia disponer á favor de estraños: no alcanzando el quinto, es de necesidad que se recurra á la doble porcion que es la parte disponible cuando existen herederos forzosos.

ARTICULO 661.

El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de esta no exceda de la medida legal de aquella; pero no podrá cometer el señalamiento á otro alguno, ni aun al mismo mejorado.

Lo determinado en este artículo comprende tambien la mejora del quinto hecha á favor de un extraño, y deja á salvo la facultad concedida en el artículo 900.

Es la ley recopilada 5, título 6, libro 10 (19 de Toro).

Algunos intérpretes respetables, como Acevedo y Angulo, preten-

dieron que la ley prohibia la comision general, no la especial: ademas, la opinion comun y recibida en la práctica era que podia cometerse el señalamiento al mismo mejorado.

En el artículo se desecha una y otra opinion: con tal mania de interpretar no puede haber ley bastantemente clara, ni legislacion cierta. «No pueda el testador cometer (el poder señalar) á otra persona alguna,» dice la ley sin distinguir entre *comision general y especial*, *entre el mejorado y extraños*. La ley faculta al padre, porque debe presumir, y presume muy favorablemente de su amor y prudencia; ¿cabe la misma presuncion entre hermanos con intereses opuestos?

Ademas, escluyendo al mejorado, guardamos consecuencia con el artículo 900, por el que se prohibe cometer á uno de los coherederos la simple facultad de hacer la particion de la herencia.

A favor de un extraño: porque este no puede ser de mejor condicion que los hijos y descendientes del que hace la mejora.

ARTICULO 662.

La facultad de mejorar no puede cometerse á otro.

Conforme con la ley recopilada 1, título 19, libro 10, ó 31 de Toro, que dispuso esto mismo á pesar de admitir los *comisarios testamentarios*: guarda ademas conformidad con el artículo 558.

ARTICULO 663.

Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, puedo el viudo ó viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto.

En casi todos los contratos ó capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solia ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando á uno mas ó menos que á otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislacion foral, por la que venia á ser casi nominal la legítima de los hijos.

Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenian el respeto y dependencia de los hijos particularmente hácia su madre viuda; y se conservaba asi la disciplina doméstica, á mas de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria.

El amor de padre ó madre, el mas puro é intenso de los buenos afectos, merece bien esta distincion.

Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados.

Que no ha repetido matrimonio. Esto mismo se practicaba en las provincias de Fueros, y no envuelve contradiccion con lo dispuesto en el artículo 805; allí se trata de bienes que fueron del mejorante y cuya propiedad conserva aunque pendiente del evento del artículo 804: aquí se trata de bienes enteramente agenos al cónyuge binubo, entera y absolutamente propios de los hijos del primer matrimonio.

ARTICULO 664.

Cuando no fué señalada la mejora en cosa cierta, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose en lo que puedan tener aplicacion, los artículos 908 *y* 909.

Es la ley 20 de Toro, ó 4, título 6, libro 10, Novísima Recopilacion; y, aunque usa de la palabra «facienda,» Antonio Gomez y todos la han entendido *rebus hereditariis.*

Con los mismos bienes; porque la mejora comprende una parte cuota de los bienes, y no cantidad cierta. Este caso es igual al del legado de una parte cuota de los bienes, y en ambos ha de observarse lo mismo.

Por la dicha ley de Toro se aprobó justamente la opinion de los jurisconsultos Próculo y Nerva contra la de Pomponio, que concedia al heredero la eleccion de pagar en los mismos bienes, ó su estimacion: sin embargo, la de Pomponio prevaleció entre los Romanos, y forma la ley 26, libro 30 del Digesto; vé el artículo 650.

ARTICULO 665.

El hijo ó descendiente legítimo mejorado puede renunciar la herencia y admitir la mejora que le fue hecha entre vivos, pero no la hecha en testamento.

Es la ley 21 de Toro, ó recopilada 5, título 6, libro 10. Se ha omitido lo que añade la misma sobre haberse de pagar las deudas del difunto antes de sacarse la mejora, y sobre la responsabilidad de esta á prorata, si despues aparecieren otras.

Lo dispuesto en el artículo 648 para fijar la legítima hace todo esto innecesario, como lo es el largo comentario que hace de la dicha ley Gregorio Lopez en su glosa 1, á la ley 2, título 9, Partida 6, de la que segun él fué tomada la de Toro.

Y aunque esta y nuestro artículo hablan solo del hijo ó descendiente, deben entenderse tambien del estraño á quien se deja el quinto, en cuanto á la deduccion de las deudas del difunto: otro tanto ha de decirse del legado de una parte cuota de los bienes hecho por quien no tiene herederos forzosos: «Herencia es la heredad é los bienes é los derechos del finado, sacando ende las debdas,» ley 8, título 37, Partida 7: y *bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt*, ley 39, párrafo 1, y *venisse ad heredem nihil intelligitur, nisi deducto ære alieno*, ley 165, título 16, libro 50 del Digesto.

CAPITULO VII.

De la desheredacion (1).

SECCION PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTICULO 666.

El heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas en la ley, y no por otras, aunque sean de igual ó mayor gravedad.

Desterrada del Código Frances, admitida en el Romano, en los nuestros desde el Fuero Juzgo, en el Sardo, Napolitano, Bávaro, Austriaco, en el de Vaud y de la Luisiana, fué aceptada por la Comision como base por los motivos que aparecen del apéndice.

El Código Frances es inconsecuente: las causas de indignidad del artículo 721 alcanzan tambien á los hijos, como se ve en el artículo 730: ¿cómo, pues, no admitir la desheredacion por las mismas causas?

Expresamente señaladas en la ley, etc. Asi queda cortada la reñidísima cuestion, que casi con igualdad de razones han sostenido en pro y en contra los Romanistas y Nacionales: todos los Códigos modernos que admiten la desheredacion, la deciden en el mismo sentido: una cuestion resuelta, una duda aclarada es una mejora.

El final del artículo parecerá, y tal vez sea, redundante: su objeto es fijar y remachar mas la aclaracion de la duda, que en mi concepto no debió haberla, atendido el Derecho Romano y el nuestro.

(1) Véase el apéndice sobre esta materia.

Ut nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur: Novela 115, capítulo 3.

Igual es el espíritu y aun la letra de las leyes 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y 2, título 9, libro 3 del Real.

«Ciertas razones son porque los padres pueden desheredar sus hijos;» ley 4, título 7, Partida 6: se enumeran en ella y en las siguientes las mismas 14 de la Novela 115, y en la ley 8 se añade: «si por alguna otra razon cualquier que no fuesse de las sobredichas desheredare el padre á su fijo, non valdria tal desheredamiento.»

Concuerdan con este artículo el Código Napolitano, artículo 849; el de Vaud, artículo 584; el Sardo, artículo 758; el de la Luisiana, artículo 1612; Bávaro, artículo 17, capítulo 3, libro 3; Austriaco, 768.

Los Romanos conocieron tambien la desheredacion hecha *bona mente, non notæ causa, nec ut filiis obsint, et ut eis conudant (ut puta impuberibus), eisque fideicomissam hereditatem dant*, ley 18, título 2, libro 28; se desheredaba al padre pródigo ó muy adeudado, dejándole alimentos, y eran instituidos herederos los nietos, ley 16, párrafo 2, título 10, libro 28 del Digesto: en estos casos no se daba al hijo desheredado la querella de *testamento inofficioso*.

Esta desheredacion nunca tuvo lugar entre nosotros: y menos pueden tenerla en el nuevo Código, que ha provisto en lo posible á los casos de la legislacion Romana, en el párrafo 3 del artículo 658, y en el 654.

ARTICULO 667.

La desheredacion debe hacerse en testamento, expresándose la causa especial en que se funde.

Non licere penitus patri liberos ex hæredes in suo facere testamento, nisi ipsas nominatim ingratitudinis causas suo inseruerit testamento: Novela 115, capítulo 3.

Concuerdan la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y las 1 y 2, título 9, libro 3 del Real; pero son notables sus palabras: «Nombre señaladamente la razon porque lo deshereda, ó en su manda (testamento), *ó delante de testigos.*»

La ley 1, como todas las del título 7, Partida 6, se halla conforme en este punto con la Novela 115.

El Código Napolitano, artículo 848, exige «una declaracion expresa del testador, por un motivo admitido por la ley, y explicado en el mismo testamento.»

El Sardo en su artículo 757 copia literalmente al Napolitano.

El de Vaud, artículo 585: «la causa de desheredacion debe ser espresada formalmente en el testamento.»

El Bávaro, artículo 16, capítulo 3, libro 3: «Para desheredar á un heredero forzoso, es necesario espresarlo en términos formales en el testamento, y enunciar la causa de la desheredacion.»

El de la Luisiana, artículos 1641 y 1642: «la desheredacion, para ser válida, debe hacerse en una de las formas prescritas para los testamentos, señalada y expresamente, y por una causa justa, so pena de nulidad.»

El Austriaco, en su artículo 770, parece querer lo mismo; pero en el 782 dice: «Hay desheredacion tácita, cuando el heredero forzoso no es nombrado, y sin embargo resulta culpable.»

Si esta disposicion no se limita á los ascendientes, de quienes se trata en el artículo 781, yo entreveo alguna contradiccion con el 770.

ARTICULO 668.

La prueba de ser cierta la causa de la desheredacion incumbe á los herederos del testador; y no podrá extenderse á causa no espresada por el mismo.

Puede en rigor suprimirse el final ó segunda parte; pero este pleonasmo tiene el mismo motivo y objeto que el anterior.

Nisi forsan probabuntur ingrati (los descendientes). Novela 115, capítulo 3; *si scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint*: al final del mismo capítulo.

La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; *si manifeste convicti*. La 1, título 9, libro 3 del Fuero Real: «pruébelo él ó su heredero si el fijo lo negare.»

Ley 8, título 7, Partida 6: «Si fuere probada la razon (causa) porque el padre deshereda su fijo; si el padre pusiere muchas razones, abonda que él ó el heredero escrito en el testamento pruebe la una cosa tan solamente:» La ley 10: «Amenos de la probar el mismo (testador) ó aquellos que estableció por sus herederos.» La ley 7, título 8, Partida 6: «El yerro que el padre pusiere al fijo en el testamento para desheredallo, el heredero que estableciere es tenudo de lo probar.»

Concuerdan exactamente con el Código de Vaud, artículo 585; el de la Luisiana, artículo 1646; el Sardo, artículo 740; el Austriaco, artículo 771; el Bávaro, artículo 16, capítulo 3, libro 3; el Napolitano, artículo 851, no menciona precisamente al heredero, y solo dice: «La existencia del motivo de desheredacion, expresado en el testamento, debe ser justificada por pruebas legales.»

Pero esto viene á ser lo mismo; puede haberse hecho la prueba en

vida del testador, como lo dicen expresamente nuestras leyes Patrias; en tal caso el heredero se aprovechará de la misma prueba.

ARTICULO 669.

La desheredacion hecha sin expresion de causa ó por una que no sea de las legales ó cuya certeza no haya sido probada, anula la institucion de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen á la legítima.

Este artículo orilla tambien graves dudas y cuestiones de Derecho Romano, que alguno de nuestros autores, como el Sala, libro 2, título 5, número 27, quiere que subsistan aún por nuestra legislacion de las Partidas; aunque en mi concepto no subsisten despues de la ley 24 de Toro ó recopilada 8, título 6, libro 20, cuya disposicion se adopta aqui dándole mayor claridad y amplitud.

Este artículo tiene la misma procedencia, y se halla apoyado por las mismas leyes citadas en los artículos anteriores. La Novela 115, despues de fijar los tres casos de este artículo, dice: *Si autem haec observata non fuerint, nullum ex heredatis liberis præjudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, etc.*: anula la institucion y abre la sucesion *ab intestato*: pero deja en pié los legados, fideicomisos, nombramientos de tutores, *vel quælibet alia capitula concessa legibus nominari.*

La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, no dispone que deba hacerse en los casos de este artículo, y se contenta con decir *inlicitum parentibus erit* desheredar sino por las causas que expresa, y el Fuero Real guarda el mismo silencio.

«Quebrantado el testamento por querella del que fué desheredado á tuerto ó sin razon, pierde el heredero aquella parte en que era establecido; con todo, las mandas é las libertades non se embargan nin se desatan por esta razon;» leyes 1 y 7, título 8, Partida 6.

Los intérpretes de Derecho Romano llevaron la mania de disputar hasta poner en duda si, en el caso de hacerse la desheredacion sin expresar la causa, regiria la Novela 115, ó mas bien seria nulo el testamento en todas sus partes.

Algunos intérpretes de nuestro Derecho Pátrio han afectado la misma duda, pero con mucha mayor temeridad; porque séase lo que se quiera del lenguaje antiguo y descuidado de las leyes 10 y 11, título 7, Partida 6, la ley 24 de Toro (recopilada 8, título 6, libro 10) ordena que valgan las mejoras del tercio ó quinto, no solo en el caso de romperse el testamento por ex-heredacion, sino en el de anularse por pretericion; y no se descubre razon porqué no hubieran de valer las man-

das, puesto que nunca podian exceder del quinto: de todos modos el artículo corta esta cuestion.

El Código Napolitano y el Bávaro callan sobre el caso de este artículo; el Sardo, artículo 742, dice: «Cuando no se haya expresado la causa de la desheredacion, ó no se pruebe su certeza, el desheredado tendrá únicamente derecho á la legítima.»

El de Vaud, artículo 588: «Si llega á declararse nula la desheredacion, el hijo ó descendiente desheredado no por esto obtendrá mas que la legítima, si por otra parte es válido el testamento.»

El de la Luisiana, artículos 1614 y 1616, se limita á declarar nula la desheredacion en los tres casos de nuestro artículo.

El Austriaco, artículo 775: «El hijo que haya sido desheredado sin motivos valederos, puede pedir su legítima.»

ARTICULO 670.

La reconciliacion posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredacion ya hecha.

El Fuero Juzgo lo previó y decidió en la ley 1, título 5, libro 4. *Tamen si resipiscentes* (los hijos ó nietos) *á suo excessu, veniam á supra scriptis quos offenderant* (los padres ó abuelos) *imploraverint eosque in gratiam receperint paterna pietate, etc.* Segun esta ley la reconciliacion debia ser expresa.

En la ley 2, título 9, libro 3 del Fuero Real, se lee: «Si por aventura padre ó madre desheredare por alguna destas cosas su fijo, ó su nieto ó visnieto, ó dende ayuso, asi como sobre dicho es, é despues le perdonare, ó le heredare; que sea heredado asi como era antes:» yo creo que esta ley habló en el mismo sentido que la citada del Fuero Juzgo.

En las Partidas se guarda sobre este punto el mismo silencio que en su original ó modelo, el Derecho Romano.

Sobre este punto callan todos los Códigos modernos que he visto, á escepcion del Bávaro y Austriaco, cuyas disposiciones son encontradas.

El Bávaro, en el artículo 16, capítulo 3, libro 3, dice: «La reconciliacion probada del testador con el desheredado anula la desheredacion.» El Austriaco en su artículo 772 dispone lo contrario: «La desheredacion no puede ser invalidada sino por una revocacion expresa y formal.»

Tambien calló sobre esto el Derecho Romano; pero los autores, como el caso no habrá sido raro, han tenido que ventilarlo, y lo haresuelto con alguna variedad. Juan Voet en sus comentarios á las Pann

doctas, libro 5, título 2, número 51, la trata estensamente, y por la doctrina legal en materia de injurias lo resuelve en el sentido de nuestro artículo, ora sea espresa, ora tácita la reconciliacion, porque lo *espreso y lo tácito tienen la misma fuerza.*

Parecerá tal vez que hay alguna contradiccion en esto con el artículo 619 y lo espuesto sobre el mismo.

Pero no se pierda de vista que aquí se trata de herederos forzosos, cuya condicion es mas favorable, y allí de toda clase de herederos.

Ademas, allí se admite igualmente la reconciliacion tácita, pues basta el silencio del testador si este sabia antes de testar la causa de indignidad; y la de desheredacion, no solo fué sabida, sino espresada en el testamento.

SECCION II.

DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACION.

ARTICULO 671.

Todas las causas de indignidad para suceder lo son tambien respectivamente de desheredacion.

Es imposible desconocer, generalmente hablando, la analogía entre las causas de indignidad y las de desheredacion.

El Código Napolitano, artículo 848, comienza la materia de desheredacion por estas palabras: «*ontre les causes d'indignite, etc.*; el Sardo, artículo 737.» Ademas de las causas por las que cualquier heredero puede hacerse indigno de suceder, etc.; Código de la Luisiana, artículo 897; «cuando un hijo ha sido desheredado ó excluido de la herencia por causa de indignidad, etc.»; el Austriaco, artículo 770, dice: «en general las causas que hacen indigno de heredar, hacen perder el derecho á la legítima, si el testador lo ha dispuesto así.»

En el título 9, libro 3 del Fuero Real, «de los desheredamientos», se comprenden las causas de indignidad, y en el título 7, Partida 6, cuyo epígrafe es «de los desheredamientos» se enumeran en la ley 13 las causas y casos de indignidad en seguida de los de la desheredacion sin hacer diferencia de herederos: en la 27, título 1, que comprende un caso particular de indignidad, se dice que «pierde el derecho *en cual manera quier;»*; lo que Gregorio Lopez interpreta, *sive sit filius*, *sive alius.*

La indignidad es mas lata por cuanto alcanza aun á herederos extraños, testamentarios ó legítimos, y puede ser posterior á la muerte; pero si es anterior y, sabiéndola el testador, quiere hacerla valer, ¿cómo no bastará para desheredar lo que excluye de la herencia ya defe-

rida? ¿Lo que hace indigno á un extraño no bastará para desheredar á un descendiente ó ascendiente, cuyos vínculos son tan estrechos, y tan sagradas las obligaciones? Por esto es que el padre puede desheredar al hijo por causas que no hacen indigno á un extraño.

ARTICULO 672.

Lo son ademas contra los hijos y descendientes:

1.° *Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre ó ascendiente que le deshereda.*

2.° *Haberlos maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra.*

3.° *Haberse casado sin su consentimiento, cuando por la ley era este necesario.*

4.° *Haberse entregado la hija ó la nieta á la prostitucion.*

5.° *Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdiccion civil.*

1.ª *causa.* Esta causa de desheredacion no se encuentra entre las 14 de la Novela 115, á pesar de ponerse por tales las de no rescatar al padre cautivo y no salir fiador por él estando preso; y á pesar de que, segun la ley 4, título 3, libro 25 del Digesto, *Necare videtur: qui alimonia de negat.*

Tampoco se encuentra en ninguno de nuestros Códigos nacionales; pero sí en los extranjeros modernos que han adoptado la desheredacion, y esto es muy conforme á la moral y á la justicia; *vivir* es antes y mas precioso que *salir de la prision*, ó del cautiverio; el hijo que niega los alimentos, comete, en cuanto está de su parte, y á sangre fria, un parricidio indirecto.

El Código Napolitano, artículo 845, dice: «Si el hijo ha negado sin motivo al padre los alimentos»; y el Sardo le copia en su artículo 738.

El de Vaud, artículo 584: «Si se ha negado á darles (á los ascendientes) alimentos.»

El de la Luisiana, artículo 1615: «Si les ha negado los alimentos, teniendo medios para dárselos.»

El Austriaco, artículo 767: «Si el hijo ha dejado sin socorro al testador necesitado.»

El Bávaro, artículo 17, capítulo 3, libro 3, se contrae al caso en que los «hijos abandonen á sus padres durante una enfermedad.»

2.ª *causa.* En la Novela 115, capítulo 3, párrafo 1, se decia: *Si quis parentibus suis manus intulerit*: párrafo 2. *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit.*

La ley 4, título 7, Partida 6, la copia con nervio y elegancia: «Cuan-

do el fijo á sabiendas é sañudamente mete manos airadas en su padre para ferirle, é para prenderle, ó si le deshoura de palabra gravemente.»

La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo (version castellana) dice: «Si el fijo ó la fija, ó el nieto ó la nieta ficiere grand tuerto ó gran desondra al padre ó á la madre, ó al avuelo ó á la avuela (pone varios ejemplos de malos tratamientos de obra), ó si lo denostó en conseio.»

La ley 2, título 9, libro 5 del Fuero Real: «Si alguno de ellos (los descendientes) le firiere por saña ó desonra ó si le dixiere denuesto devedado.»

Sobre la segunda causa dice el Código Sardo, artículos 737 y 738: «Si el (hijo) se ha hecho culpable de malos tratamientos, ó de todo otro delito hácia el (padre)»: el de la Luisiana, artículo 1615. Si el hijo ha puesto manos en su padre:: si realmente los ha golpeado, una simple amenaza no bastaria, si se ha hecho culpable para con ellos de sevicias, delitos, ó injurias graves: el de Vaud, artículo 584: Si ha osado golpearlos: el de Nápoles, artículo 849: si se ha hecho culpable de sevicias, ó de algun delito hácia el ascendiente: el Bávaro, artículo 17, título 12, parte 1: Si los hijos han insultado á sus padres.

En tanta variedad de elocuciones se adoptó *lo de malos tratamientos, etc.*: un puntapié no es menor ultraje que una bofetada; tener á un padre encerrado, como en prision, arrimarle áscuas á los pies siendo ciego, como se cuenta que hacia con el suyo el C. de E.

Hay injurias de palabra tan graves como las de hecho, aun mas sensibles segun la condicion de las personas.

Cierto es que por este medio se da cierta latitud al Juez; pero no hay posibilidad de evitarla, y menos en la calificacion de injurias. Ademas será mayor el número de los que devoren en silencio las injurias graves, que el de los que usen de esta arma legal por las realmente leves.

3.ª *causa.* La Novela 115, párrafo 11, pone por causa justa de desheredacion: «Si queriendo el padre ó abuelo casar la hija ó nieta y dotarla segun su fortuna, no consiente y prefiere vivir lujuriosamente. Pero si llegare hasta los veinte y cinco años, sin que los padres se cuiden de casarla, y esto diere tal vez ocasion á que ella haga maldad con su cuerpo, ó tome marido sin el consentimiento de aquellos, con tal que sea hombre libre, no debe esto imputarse á ingratitud de la hija; quia non culpa, *sed parentum id commisisse cognoscitur*.

La ley 8, título 7, Partida 6, copia con elegante puntualidad la Novela, y concluye: «porque semeja que el (padre) fué en culpa del yerro que ella hizo, porque tardó tanto que la non casó.»

La ley 8, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo: «E si ella (la hija) casar sin voluntad del padre ó de la madre, y ellos non la quisiesen rece-

bir de gracia, ella nin sus fiios non deven heredar en la buena de sus padres, porque se casó sin voluntad de ellos.»

La ley 5, título 1, libro 3 del Fuero Real, copia la del Fuero Juzgo, y en la 6 se añade: «Si el padre ó la madre, ó otros parientes tovieren en su poder manceba en cabello: é no la casaren fasta XXX años; é ella despues casare sin su mandado; non aya pena; casando ella con ome convinientc.»

La ley 9, título 2, libro 10, Novisima Recopilacion, que es la célebre pragmática de 1776, al aclarar y fijar esta materia, tuvo por objeto la *arreglada observacion de las leyes del Reino desde el Fuero Juzgo*, y en el artículo 3 declaró por justa causa de desheredacion la falta de consentimiento paterno; á esta sola quedaron reducidas por Real Decreto de 26 de diciembre de 1790 las otras penas ó privaciones contenidas en el artículo mencionado.

Por la ley 18, ó Real Decreto de 10 de abril de 1803, se mantuvo en los mismos 25 años la edad de los hijos, y se rebajó á 23 la de la hijas para la necesidad del consentimiento paterno, rebajándose respectivamente otro á aquellos y estas segun la calidad de las personas cuyo consentimiento fuese necesario; la pena de los contraventores era la expatriacion y confiscacion de bienes, y por lo tanto desaparecieron las de la pragmática de 1776.

El Código Sardo, artículo 738, con referencia á los 109 y 110, admite esta causa de desheredacion hasta la edad de 30 años en los varones, y de 25 en las hembras.

El de la Luisiana, artículo 1613, número 10, dice: «Si el hijo menor, de uno ú otro sexo, se casa sin el consentimiento de su padre ó madre.»

La causa 3.ª es tanto mas conforme al nuevo Código, cuanto que por su artículo 51 y 52 se rebaja notablemente la edad en que es necesario el consentimiento paterno; y el matrimonio contraido sin él continuará siendo válido.

4.ª *causa*. La Novela 115, en su párrafo 10, permite desheredar á los hijos por haber abrazado sin el consentimento del padre la vida ú oficio de *arenarios*.

De la prostitucion de la hija solo dice, en el párrafo 11, lo que dejo arriba espuesto.

La ley 5, título 7, Partida 6, ha copiado la Novela en uno y otro punto.

El Fuero Juzgo y el Real callan sobre el caso de prostitucion.

Se vé, pues, que esta causa de desheredacion estaba limitada, por Derecho Romano y el nuestro, á las hijas de familia menores de veinte y cinco años.

Yo no encuentro en los Códigos modernos esta limitacion de edad, y entiendo que en esto han procedido con discrecion. El caso no puede concebirse en una hija menor de edad, porque el padre, á cuya autoridad está sujeta, puede impedirlo: la ofensa y la deshonra solo puede causarse por la mayor de edad, y conviene poner algun freno ó pena en el Código civil al mayor y último grado de inmoralidad en la muger, callen ó no los Códigos penales.

Sobre la causa 4.ª se lee en el Código de Vaud, artículo 584: «Si ella (la hija) ha sido condenada por prostitucion»: en el Napolitano, artículo 849: » Si la hija ha ejercido contra la voluntad del padre el oficio de muger pública» : en el Sardo, artículo 758: «Si la descendiente hace públicamente una mala vida:» en el Austriaco, artículo 768: «Si el (hijo) lleva una vida contraria á la moral pública:» en el Bávaro, artículo 17, título 12, parte 1: «Si ellos (los hijos) se entregan contra la voluntad de sus padres á una profesion vergonzosa.»

Se vé, pues, que los dos últimos Códigos hablan de hijos é hijas. Se ha seguido á los otros que se limitan á las hijas: se ha tomado del de Vaud, como tipo mas seguro, la condenacion judicial, y de los demas la oposicion del padre.

La ley 5, título 7, Partida 6, dice: «Si el fijo se hiciere juglar contra voluntad de su padre, etc., si la fija hiciere vida de mala muger en putería, á menos de ser mayor de 25 años, y no quererla casar su padre.»

5.ª *causa.* Dióse lugar á ella para igualar á los hijos con los pádres que pierden por la misma su patria potestad segun el artículo 161 de este Código y el 41 del penal.

La ley 4 del mismo título y Partida, copiando el párrafo 8 del capítulo 3, Novela 115, pone otra causa; seyendo el padre preso por deuda ó de otra manera, si el fijo non le quisiere fiar, pudiendo, para sacarlo de prision.

En dos solos de los Códigos modernos encuentro esta causa: el Sardo, artículos 737 y 738, dice: «Si el hijo ha descuidado sacarle de prision:» el de la Luisiana, artículo 1613: «Si el hijo mayor de edad se ha negado á salir fiador por su padre ó madre, pudiendo hacerlo, para sacarlos de prision.»

El caso no deja de ser grave; pero puede variar mucho segun las circunstancias.

Parece grande exigencia que un hijo, tal vez padre de familia, haya de salir fiador por deudas que podrán envolver su ruina y la de su familia.

Por otro lado, parece inhumano que un hijo que puede sacar á su padre de prision con pequeño riesgo ó detrimento, no lo haga.

Antiguamente la suerte de los deudores era mucho mas dura que lo es hoy; y aun puede decirse que la prision por deudas habia caido en desuso: el apremio personal establecido en el título 22 de este Código peca tal vez de lenidad.

Por estas consideraciones no dió la Comision entrada á la causa espresada.

Omito las demas causas de desheredacion, que, por la Novela 115 y nuestras leyes de Partidas, eran catorce, habiendo las Recopiladas añadido otras dos; el Fuero Juzgo solo reconocia dos, á saber; las expresadas en mis números 2 y 5, segun las leyes 8, título 2, libro 5, y 1, título 5, libro 4: el Fuero Real, titulo 9, libro 3, viene á poner casi las mismas que las leyes de la Partida 6.

El Código Sardo y el Austriaco reconocen por causa de desheredacion la apostasía, ó abjuracion del Cristianismo; el de Baviera, la hechicería.

ARTICULO 673.

Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto á la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administracion de los bienes que por esta causa hereden.

Este artículo fué tambien adoptado como base por la Comision á propuesta mia, aunque es una novedad, atendidos nuestro derecho y el Romano, con los que están conformes los de la Luisiana, Baviera, Nápoles y Austria, expresa ó tácitamente.

El de Vaud, artículo 586, y el Sardo, artículo 741, tenian establecido lo mismo que yo propuse antes de haberlos visto.

El primero dice: «La desheredacion no tiene efecto alguno contra los hijos del desheredado, los cuales, aun viviendo el padre al abrirse la sucesion, heredarán la legítima que le habria correspondido:» en el 587 niega al padre desheredado el usufructo legal en estos bienes.

El Sardo le niega hasta la sucesion ab-intestato en ellos, y dice así: «Si el desheredado tuviese hijos ó descendientes, y sobrevive al testador, se deberá á los descendientes la porcion legítima que habria correspondido al desheredado: muriendo este antes que el testador, la desheredacion no perjudicará á los derechos de sus descendientes.»

«En el primer caso el desheredado no tiene el usufructo ni la administracion de los bienes que compongan la dicha legítima, ni podrá en dichos bienes suceder á sus propios hijos y descendientes en conformidad del articulo 711.»

ARTICULO 674.

El padre y la madre pueden ser desheredados por sus hijos:

1.° Cuando han perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 161.

2.° Cuando les negaren los alimentos sin motivo legítimo.

3.° Cuando el padre atentó contra la vida de la madre ó esta contra la de aquel, y no hubo reconciliacion entre los mismos.

Las disposiciones de este artículo se aplican tambien á los otros ascendientes.

Al párrafo inicial. En el Fuero Juzgo no se encuentran causas de desheredacion contra los padres y ascendientes porque no eran herederos forzosos; *Qui filios, vel nepotes, aut pro nepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quidquid voluerit indubitanter licentiam habeat nec ab aliis quibuslibet proximis, ex superiori vel ex transverso venientibus, poterit ordinatio ejus in quocumque convelli*: ley 20, título 3, y 1, título 5, libro 4: lo mismo se lee en la ley 1, título 6, libro 3 del Fuero Real.

Las leyes de Partida, 17, título 1, y 1, título 11, Partida 6, declararon herederos forzosos á los padres como lo eran por Derecho Romano; y en la 11, título 7, Partida 6, fueron copiadas del capítulo 4 de la Novela 115 las mismas ocho causas de desheredacion contra los padres.

La ley 6 de Toro (1 Recopilada, título 20, libro 10) declaró tambien á los ascendientes legítimos por herederos forzosos de sus descendientes en las dos terceras partes de los bienes.

De las ocho causas establecidas en Derecho Romano y copiadas en el nuestro, algunas quedan comprendidas entre las de indignidad, como acontece tambien con las de los descendientes; esta es la razon de haberse omitido unas y otras en el presente capítulo.

Todos los Códigos modernos, que atribuyen legítima á los padres y ascendientes, admiten causas de desheredacion contra ellos, si las han admitido contra los hijos y descendientes; esto era una necesidad, porque los primeros no podian ser de mejor condicion que los segundos: Código de Nápoles, artículo 850; Sardo, artículo 739; el de la Luisiana, artículo 1619; Austriaco, artículo 769.

El de Vaud, artículo 584 y siguientes, habla tan solo de la desheredacion de los hijos y descendientes, porque no reconoce legítima á los padres y ascendientes.

Número 1. Vé los artículos 161, 85 y 76.

El padre indigno de la patria potestad se hace tambien acreedor á

la desheredacion: ¿bajo qué aspecto, ó por qué título podrá en los casos de este número reclamar los derechos, ni aun el simple dictado de padre?

Todos los Códigos reconocen por causa de desheredacion la de atentar el padre contra la vida del hijo, y la tenemos admitida entre las causas de indignidad; la sevicia continua ¿es otra cosa que un continuo atentado ó peligro?

El conato ó delito de prostitucion es cosa todavia mas fea é indigna en los padres; y en cuanto á la exposicion del parto dice muy filosóficamente la ley 4, título 3, libro 21 del Digesto. *Necare videtur non tantum qui partum perfocat, sed, et is qui abjicit, et qui alimonia denegat et qui publicis locis misericordiæ causa exposit quam ipse non habet.*

Número 2. La obligacion de alimentos es recíproca é igualmente sagrada: admitida contra los hijos, no puede menos de admitirse contra los padres; concuerda con el artículo 850 Napolitano número 2, 739 Sardo, número 3, y 768 y 769 Austriacos.

Número 3. La ley 11, título 7, Partida 6, pone entre otras esta causa, tomándola de la Novela 115, capítulo 4, párrafo 5; una y otra hablan de *veneno vel alio modo, de otra manera qualquier*: la Novela tiene de particular que iguala la enagenacion mental con la muerte; *ad interitum aut alienationem mentis.*

El Código Sardo, artículo 739, número 4, y el de la Luisiana, artículo 1615, número 7, conservan esta disposicion: el de Nápoles, artículo 849, número 4, dice: «Si el padre ha envenenado, ó ultrajado de una manera atroz á la madre ó recíprocamente.»

La injuria en efecto es gravísima, y casi igual al atentado contra la vida del mismo hijo.

La Novela 115 comprende tambien el atentado contra la nuera y yerno, porque los vínculos entre marido y muger no son menos estrechos y afectuosos que los de padres é hijos.

A los otros ascendientes: las causas del artículo anterior obran contra los hijos y *descendientes*: deben, pues, las de este obrar contra los padres y *ascendientes*: la razon es la misma en ambos casos.

El artículo 739 Sardo, y la ley 11, título 7, Partida 6, hacen la misma expresion que nuestro artículo; «á sus padres é sus madres, ó los parientes de quien descienden;» la Novela 115 usa de la palabra *parentes* que comprende á los padres y ascendientes, pero igual es el espíritu de todos los Códigos, aunque no lo expresen.

CAPITULO VIII.

De las mandas y legados.

Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit, ley 116, libro 30 del Digesto.

Donatio quædam á defuncto relicta, ab herede præstanda, párrafo 1, título 20, libro 2, Instituciones.

«Una manera de donacion que deja el testador en su testamento, ó en cobdicilo», ley 1, título 9, Partida 6.

ARTICULO 675.

El testador puede gravar con legados, no solo á su heredero sino tambien á los mismos legatarios; y si estos aceptaren, deberán cumplirlos, aunque importen mas de lo que se les deja.

Conforme con el párrafo 1, título 24, libro 2, Instituciones, ley 2, título 43, libro 6 del Código, leyes 3 y 6, título 9, Partida 6.

Por uno y otro derecho el legatario no podia ser gravado en mas de lo que era favorecido por el testador; *quod amplius est inutiliter relinquitur:* los intérpretes lo entendieron cuando ambos legados eran de cantidad cierta, y se fundaban en las varias excepciones que de aquella regla general hacian las mismas leyes Romanas, y la citada 6 de Partida.

Una de ellas es, que el legatario que recibió ciento y fué gravado con dar á otro una cosa suya, está obligado á darla, «magüer valiesse mucho mas que aquello que avia recebido, porque semeja, que pues que lo recibió, que se tuvo por pagado dello», dicha ley 6, y la 70, párrafo 1, libro 31 del Digesto.

Pero es difícil encontrar diferencia real entre uno y otro caso: si recibo un legado de 20 en dinero, ¿por qué no he de quedar obligado á dar otro de 22 con que se me grava, y si á entregar una cosa que notoriamente vale ciento? En este caso cabe error, y no lo cabe en el primero: en uno y en otro el legatario no debe tener mas arbitrio que desechar el legado ó cumplir el gravámen; se ha adoptado, pues, el artículo 650 Austriaco, que asi lo establece.

ARTICULO 676.

Cuando el testador grave á uno solo de los herederos con cierto legado, él solo queda obligado á su cumplimiento.

Sino gravó á ninguno en particular, quedan obligados todos.

En ambos casos, siendo el legado de cantidad, se observará respectivamente lo dispuesto en los artículos 933, 932 y 934, respecto de los acreedores del difunto; aunque estos serán siempre preferidos á los legatarios.

Las dos primeras partes no necesitan fundarse; y no se ha admitido la excepcion del artículo 864 Sardo, que, cuando se lega la cosa personal de uno de los herederos, queden estos obligados á indemnizarle su valor á prorata de sus porciones hereditarias, si el testador no dispuso lo contrario. La presuncion mas natural es que quiso gravar á él solo, pues que solo podia dar la cosa legada; por consiguiente, sin espresa disposicion en contrario, no tendrá lugar la indemnizacion.

Quedarán obligados todos: en la misma proporcion en que sean herederos segun tengan partes iguales ó desiguales en la herencia, y salvo siempre lo que se dispone en el párrafo siguiente.

Al tratar de esto los intérpretes de Derecho Romano y entre ellos nuestro Gomez, número 15, capítulo 11, tomo 2, *variarum*, sientan una proposicion difícil de entender en los términos que la ponen.

Si corporis alicujus hereditarii præstatione unum ex pluribus heredibus testator oneraverit, is non ad solidi corporis præstationem ex causa legati devinctus censetur, sed tamtum pro ea parte qua heres est; quia in dubio videtur testator in herede gravando se retulisse ad eam partem, quam in tali re habet heres, seu ex aditione habiturus est. En apoyo de esta proposicion citan la ley 81, párrafo 4, libro 30 del Digesto, que pone el caso de dos herederos, uno en siete partes de las doce en que los romanos solian dividir la herencia, y otro en cinco: el testador lega por el segundo á Ticio dos esclavos hereditarios, apreciando á cada uno de ellos en cierta cantidad; y se decide que el segundo pagará cinco partes de ella, y el coheredero siete.

Como se vé, el caso es rarísimo, y solo pudo tener lugar en un cuerpo de derecho compuesto de casos como el Digesto; pero ademas el legado vino á ser realmente de cantidad, y no de un cuerpo determinado: de consiguiente, parece que debió decidirse como de simple cantidad, y yo lo decidiria con arreglo al primer párrafo de nuestro artículo 676.

De todos modos, *voluntatis quæstio est*; y el artículo no cierra la puerta á la prueba de cuál fué la verdadera voluntad del testador.

En ambos casos. La innovacion hecha á favor de los acreedores del difunto debe aprovechar despues de ellos á los legatarios; las razones de conveniencia y de justicia son las mismas; allí y aquí nos apartamos de la legislacion Romana y Patria, como de los Códigos modernos: solo el Prusiano en los artículos 289 y 290 dice: «Los herederos están obli-

gados *solidariamente* al pago de los legados; los legatarios podrán ejercitar los mismos derechos que los acreedores de la herencia, aunque estos les sean preferidos.» El de Vaud, artículo 787, dice tambien: «Los coherederos están obligados *solidariamente* á las deudas y cargas de la herencia.»

ARTICULO 677.

El obligado á la entrega de la cosa legada responde en caso de eviccion, si la cosa fué indeterminada y correspondia á un género ó especie.

Heres servum non nominatum legatum tradidit: postea servus evictus est. Agere cum herede legatarius ex testamento poterit quamvis heres alienum esse servum ignoraverit, ley 58, título 2, libro 21; lo mismo se repite en la 29, párrafo 3, libro 32, *si heres tibi, servo generaliter legato:: quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat ut habere non possis*; pero exige que el legatario, antes de admitir el juicio, lo denuncie al heredero: *ita dare debet (heres) ut cum habere liceat*, ley 45, párrafo 1, libro 30 del Digesto.

El Código Prusiano, artículos 397 y 398, impone siempre esta responsabilidad al heredero, aun en cosas ciertas y determinadas, eximiendo de ella al legatario gravado.

A un género ó especie: aquí son sinónimas estas palabras, como una casa, un caballo ó buey en general ó indeterminadamente por oposicion á tal casa, caballo ó buey, individualizándolos.

ARTICULO 678.

Puede tambien el testador dar sustituto al legatario; y en este caso regirá lo dispuesto en la seccion II, capítulo V de este título.

Uti hæredibus substitui potest ita etiam legatariis, ley 50, libro 31 del Digesto, copiada en el artículo 1, capítulo 7, libro 3 del Código Bávaro: es doctrina recibida en todos los Códigos.

ARTICULO 679.

El legado de cosa agena es válido, si el testador, al legarla, sabia que lo era.

En este caso el heredero está obligado á comprarla y entregarla al legatario: nó siendo posible comprarla, cumplirá con entregar su justa estimacion.

La prueba de que el testador sabia que la cosa era agena incumbe al legatario. Sin embargo, valdrá el legado de la cosa que era

agena al otorgarse el testamento, aunque el testador ignorase que lo era, si llegó á ser suya cuando murió.

Es en menos palabras el párrafo 4, título 20, libro 2 de las Instituciones, de donde fué tomada la ley 10, título 9, Partida 6.

El artículo 1021 Frances declara nulo el legado de cosa agena, aun en el caso de haber sabido el testador que lo era, y ha sido seguido por el Napolitano, artículo 975, por el de Vaud, artículo 656, y el de la Luisiana, artículo 1632.

El 1013 Holandes y 657 Austriaco no hacen mas que declararlo válido, si el testador sabia que la cosa era agena.

El Código Bávaro, párrafo 6 al 9, capítulo 7, libro 3, no lo declara nulo en ningun caso; pero solo concede al legatario accion para reclamar de la herencia el precio de la cosa.

El artículo 584 Prusiano declara nulo el legado, si el testador lo sabia, y válido si lo ignoraba.

No puede negarse que el artículo Frances es sencillo y corta dudas y pleitos, sobre probar que el testador sabia ó ignoraba que la cosa era agena; ¿pero es justo?

De los cuatro discursos que hay sobre la materia de donaciones y testamentos, solo en el 38 se da por motivo y fundamento del artículo 1021 lo siguiente: «Cuando el testador sabe que la cosa que lega no es suya, hace un legado derisorio; cuando él lo ignora, hay error. En ambos á dos casos el legado debe ser nulo.»

Yo encuentro débil el argumento en el primer caso, y hasta en contradiccion con el artículo 900 Frances, que declara por no escritas las condiciones imposibles, ó contrarias á las leyes y buenas costumbres, en toda disposicion entre vivos ó testamentaría, y de consiguiente la validacion de esta.

¿No podria decirse con mas razon en estos casos que el donador ó testador quisieron hacer una liberalidad derisoria?

¿Por qué presumir en un caso contra la evidencia y lenguaje del donador ó testador que hubo error, dejando en pié la liberalidad, y presumir lo contrario y anularla en el otro, cuando es evidente que el testador quiso favorecer al legatario, y esto es posible, honesto y fácil de conseguir, comprando el heredero la cosa á su dueño, ó dando su estimacion?

Esto es lo que natural y forzosamente quiso el testador; ó debe presumirse contra todas las reglas de recta interpretacion que no quiso nada, y que se propuso convertir en burla y derision el acto mas sério y terrible de la vida.

Baste decir contra el artículo 1021 Frances que arroja la absurda é injustísima consecuencia, segun sus comentadores Rogron y Dufour, que

el testador no puede legar la cosa de su heredero, y este se enriquecerá á costa del legatario contra la espresa voluntad del mismo á quien representa, y por quien tanto ha sido favorecido.

El artículo 814 Sardo, respetando los sólidos fundamentos del Derecho Romano, previene las dudas y pleitos sobre la prueba de este modo: «El legado de la cosa agena es nulo, *salvo che sia espresso nel testamento, etc.*, si no se ha espresado en el testamento que el testador sabia que la cosa pertenecia á otro; en este caso el heredero tendrá la eleccion de adquirirla para entregarla al legatario, ó de pagarle su estimacion: sin embargo, el legado será válido, si la cosa, agena al tiempo del testamento, era propiedad del testador al tiempo de su muerte.

En nuestro artículo no se ha adoptado el rigorismo sobre la necesidad de espresarse en el testamento la ciencia del testador, porque puede haber otras pruebas de esto que su declaracion ó enunciativas, y al Juez toca la apreciacion de los hechos.

No siendo posible. Esto se realiza cuando el dueño no la quiere vender, ó pide un precio exorbitante. *Quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat.* Ley 14, párrafo 2, libro 32 del Digesto, copiada en la 10, título 9, Partida 6.

ARTICULO 680.

El legado de una cosa propia del heredero ó del legatario encargado de darla á un tercero, será válido, aun cuando el testador ignorase su verdadera pertenencia.

Es el artículo 815 Sardo, tomado de la ley 67, párrafo 8, libro 31 del Digesto, y una excepcion del anterior: *sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, et onerandis heredibus faciliores voluntates: quod in hac specie non evenit cum dominium rei sit apud heredem*: el heredero representa al difunto; es, pues, indiferente que la cosa pertenezca á uno ó á otro, y ningun perjuicio sufre por esto el heredero.

El legatario tiene igual representacion por lo respectivo al legado, y percibe indistintamente lo mismo en todo caso, como es fácil de ver en cualquier ejemplo que se ponga.

ARTICULO 681.

Cuando el testador, heredero ó legatario solo tenia cierta parte ó derecho en la cosa legada, se restringirá el legado á esta parte ó derecho, si el testador no declaró espresamente que sabia ser la cosa parcialmente de otro, y que no obstante esto la legaba por entero.

Tomado del 816 Sardo, y está conforme á las leyes 5, párrafo 1, libro 1, 30, párrafo 4, libro 33, y otras muchas citadas por Gotofredo sobre el párrafo 8 de la ley 67, libro 31 del Digesto, para apoyar *testatorem in dubio videri jus id solum legare quod in ipsa re habeat*; y por esta consideracion, que no puede tener lugar cuando la cosa es enteramente agena, no se estima bastante la simple ciencia del testador y se exige declaracion espresa.

ARTICULO 682.

El legado de la cosa que está fuera del comercio no produce efecto alguno.

Tampoco lo produce el de la cosa que, al tiempo de hacerse el testamento, era ya propia del legatario; aunque en ella tuviese algun derecho otro tercero.

Si el testador quiso espresamente que la cosa fuese libertada de este derecho ó gravámen, valdrá en cuanto á esto el legado.

Primer párrafo. *Nec æstimatio ejus debetur*, párrafo 4, título 20, libro 2, Instituciones, ley 13, título 9, Partida 6: vé el artículo 994.

Segundo párrafo: es el artículo 819 Sardo.

Quia quod propium est legatarii, amplius ejus fieri non potest, párrafo 10, título 20, libro 2, Instituciones.

Tercer párrafo. De este modo se cortan las disputas nacidas de la ley 66, párrafo 6, libro 31 del Digesto, cuya disposicion seria enteramente contraria, si en vez del *propter*, que hoy se lee en ella, se ha de leer *præter* como pretenden algunos.

ARTICULO 683.

Cuando el testador legó una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de una deuda exigible, el pago de esta es de cargo del heredero.

Si por no pagar el heredero lo hiciera el legatario, quedará subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.

Toda otra carga perpétua ó temporal, á que este afecta la cosa legada, pasa con esta al legatario; pero, en ambos casos, las rentas, intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador, son carga de su herencia.

El párrafo 5, título 20, libro 2 de las Instituciones, habla de *re pignorata*, y se halla casi copiado en la ley 11, título 9, Partida 6, «cosa empeñada ú obligada á otro.»

En ambos lugares se trata, á no dudar, de deuda suelta y exigible;

en ambos se decide el caso por las mismas reglas que el legado de cosa agena.

La ley de Partida hace una escepcion tomada de la ley 57, libro 30 del Digesto; «cuando la deuda escede ó iguala el valor de la cosa legada, debe pagarla el heredero, aunque el testador ignorase el empeño ó hipoteca, pues de otro modo vendria á ser ilusorio el legado.

Pero las leyes del Digesto digeron mas que las Instituciones y la de Partida: la 66, por ejemplo, párrafo 6, libro 31, dice: que si un tercero tiene el usufructo de la finca legada, debe redimirlo el heredero, y añade: *Non idem placuit de cœteris servitutibus*; es decir, que las cargas perpétuas inherentes á la cosa pasan con ella al legatario.

Esto último es justo, y como tal ha sido adoptado en todos los Códigos: no ha sucedido asi respecto del usufructo y de la deuda que ocasionó el empeño ó hipoteca.

El artículo 1020 Frances dice: «Si antes ó despues del testamento la cosa legada ha sido hipotecada para una deuda de la herencia y hasta de un tercero, ó si está gravada con usufructo, el que debe pagar el legado no está obligado á libertarla de la carga, á menos que el testador le haya impuesto expresamente la obligacion de hacerlo.»

Este artículo parece rozarse con el 874 Frances, en que se dispone que «el legatario particular, que paga la deuda con que estaba gravado el inmueble legado, se subroga en los derechos del acreedor contra los herederos:» Dufour y Rogron están acordes sobre la inteligencia y concordancia de estos dos artículos; allá se las compongan. Lo cierto es que el artículo 1020 Frances ha pasado á otros Códigos, como el 974 Napolitano, 1012 Holandes, 633 de Vaud, y 1031 de la Luisiana.

La distincion del Derecho Romano y de la ley de Partida respecto de la deuda exigible, no puede adoptarse; porque, una vez establecido un buen sistema hipotecario, no debe presumirse ignorancia en el testador: la distincion entre el usufructo y las otras servidumbres es sutilísima é injustificable en esta materia.

En apoyo del artículo 1020 Frances se dice; que el heredero no está obligado sino á entregar la cosa tal como la dejó el testador; que los legados no son deudas, sino cargas de la herencia.

Pero las deudas, para cuya seguridad se dió la prenda ó hipoteca, eran deudas del testador, son deudas de la herencia con las que nada tiene que ver el legatario, y que deben ser pagadas por el heredero.

Ademas, en el caso previsto por las leyes Romanas y de Partida, el legado seria completamente ilusorio, y poco menos que ilusorio en otros muchos, lo que no puede presumirse razonablemente haber querido el testador. ¿Y que tiene que ver el usufructo con las deudas exigibles para hallarse amalgamado con ellas en el citado artículo 1020 Frances? He

notado ya el roce de este con el 874, y se estiende al 871 y 1024 Franceses.

Cuando el gravámen de la cosa legada, dice un Gronetvig citado por Voet en el número 27, libro 30, autor respetable, no sea tal que pueda temerse la pérdida del dominio, no debe redimirlo el heredero, y pasará con la cosa misma al legatario: este temor solo se descubre en el caso de prenda ó hipoteca por deuda de capital exigible.

Este pensamiento parece haber sido adoptado en la redaccion del artículo 859 Sardo, al que se dá aqui mayor claridad y precision en su fondo, aunque haciendo las adiciones que han parecido convenientes.

El artículo Sardo dice: «Si la cosa legada se encuentra gravada con un canon ó renta fondiaria (real), ó con una servidumbre ú otra carga inherente á la finca, el gravámen incumbirá al legatario.

Pero si la cosa legada se encuentra sujeta á una renta simple, ó censo, ú otra deuda de la herencia, ó aun de un tercero, el heredero estará obligado al pago de la anualidad ó interés, y de la suma principal, segun la naturaleza de la deuda, cuando el testador no haya dispuesto de otro modo.

Si por no pagar el heredero: es conforme al número 3 del artículo 1117.

Toda otra carga, perpétua ó temporal: servidumbre, *censo*, *usufructo*, *uso*, *habitacion*, alimentos, prestaciones en frutos consignados especialmente sobre la finca.

Pero en ambos casos, etc.: porque los atrasos constituyen una deuda de capital exigible, y puede tener en peligro el dominio de la cosa.

ARTICULO 684.

En el legado de usufructo, si ocurriese el caso previsto en el artículo 461, se observará lo dispuesto en el mismo.

El artículo 461 está conforme con los 697 y 698.

ARTICULO 685.

La enagenacion que de la cosa legada haya hecho el testador en todo ó en parte, y por cualquier título ó causa, deja sin efecto el legado en lo que ha sido objeto de la enagenacion, aunque esta haya sido nula, y el objeto enagenado haya vuelto posteriormente al dominio del testador; á menos que haya vuelto por pacto de retroventa puesto por el mismo testador al hacer la enagenacion.

Es el artículo 1038 Frances, 995 Napolitano, 677 de Vaud, 1043 Holandes, 827 Sardo.

Los artículos citados no guardan absoluta conformidad entre sí, ni con el nuestro. El Frances, seguido por los otros, menos el Holandes, rechaza la escepcion final de nuestro artículo; el Holandes por el contrario hace revivir el legado, si la cosa vuelve al dominio del testador, aunque no sea por pacto de retroventa.

Lo mismo estaba dispuesto en Derecho Romano, si la enagenacion habia sido voluntaria; pero subsistia el legado, cuando el testador enagenó por necesidad, y de consiguiente cuando la empeñó ó hipotecó, porque esto supone siempre necesidad, párrafo 12, título 20, libro 2, Instituciones, leyes 8, 18 y 24, título 1, libro 34 del Digesto, y la 11, párrafo 12, libro 32.

Nuestras leyes 17 y 40, título 9, Partida 6, adoptaron todas las disposiciones del Derecho Romano, aun en cuanto á admitir pruebas en contrario para ambos casos.

No habia, pues, regla segura en esta materia, ni caso que no diese ocasion á un pleito, pues aun en el de enagenacion por necesidad urgente podia pedirse el legado, é incumbia al heredero la prueba de haber mudado el testador su voluntad, ley 11, párrafo 12, libro 32 del Digesto y la citada 17 de Partida.

Se ha preferido por lo tanto, como mas justa y sencilla, la disposicion de los Códigos modernos; el que por cualquiera causa dispone en vida de la cosa legada, quita el legado; y como esto es una liberalidad, de nadie puede presumirse menos que del necesitado.

El caso de empeño ó hipoteca de la cosa legada se regirá por el artículo 683.

En lo que ha sido objeto de la enagenacion. Es conforme al citado párrafo 12 de las Instituciones: lo que rige en el todo, debe tambien regir en la parte: los efectos de la enagenacion deben circunscribirse á ella misma.

A menos que, etc. Verificado el retracto, viene á ser el caso como si no hubiera habido enagenacion, porque esta se resuelve á virtud del mismo contrato de venta; y es ademas conforme á la mente del testador, que no quiso desprenderse de su cosa absolutamente y para siempre.

ARTICULO 686.

El legado de un crédito ó de perdon de una deuda, solo surte efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.

En el primer caso, el heredero cumple con ceder al legatario todas las acciones que le competirian contra el deudor.

En el segundo, con dar al mismo legatario carta de pago, si la pidiere.

En ambos á dos, el legado comprende los intereses que por el crédito ó deuda se debieren al morir el testador.

Son los párrafos 13 y 21, título 20, libro 2, Instituciones, tomados de varias leyes del Digesto, y copiados en las 15 y 47, titulo 9, Partida 6.

Subsistente. Si nada subsiste, sea porque el testador exigió y cobró el crédito, sea porque el mismo deudor lo pagó voluntariamente, nada se deberá, ni se debia por Derecho Romano, á pesar de las caprichosas dudas suscitadas sobre el segundo caso por los glosadores contra la disposicion expresa de la ley 21, título 3, libro 34 del Digesto, pues que en ambos casos perece ó desaparece la cosa legada, que es el crédito: *Si id quod mihi deberes, vel tibi, vel alii legavero, idque mihi solveris, vel cualibet alia ratione liberatus á me fueris, extinguitur legatum*, dice la ley Romana; sin embargo, la ley 15, título 9, Partida 6, decidió segun la opinion de los glosadores.

En el primer caso. El heredero no es responsable de la insolvencia del deudor; pero debe ceder todas las acciones reales y personales que tenia el difunto contra el mismo deudor y sus fiadores; dicho párrafo 21, leyes 24, párrafo 6, y 105, libro 30, 10, título 3, libro 34 del Digesto, y 47, título 9, Partida 6.

En el segundo caso: conforme con el párrafo 13 de las Instituciones, y la ley 47 de Partida, citados.

En ambos á dos: conforme con la ley 34, libro 32 del Digesto, segun la que el legado comprende, no solo la obligacion ó cantidad principal, sino sus intereses ó usuras: lo accesorio debe seguir lo principal, artículos 664 Austriaco y 425 Prusiano.

Vienen á ser conformes con este artículo los 665 y siguientes Austriacos, el 1047 Holandes; el 408 Prusiano dice: «los intereses desde la muerte del testador.» No se opone esto á lo dispuesto en nuestro artículo 683 sobre las palabras «pero en ambos casos;» allí y aquí se trata de favorecer al legatario.

ARTICULO 687.

Caduca el legado contenido en el artículo anterior, cuando el testador demandó judicialmente al deudor para el pago, aunque este no se haya realizado.

Este punto se hallaba omitido ó indeciso en Derecho Romano, á pesar de que la palabra *exegerit*, usada en él, significa mas bien demandar que cobrar.

En el artículo se resuelve segun la opinion de Vinio y de Voet y contra la ley 15, título 9, Partida 6. La demanda prueba que el testador cambió de voluntad y quiso quitar el legado: la malicia ó morosidad del deudor en el pago no destruye esta prueba ó presuncion, ni debe por lo tanto aprovechar al legatario.

ARTICULO 688.

Legado el instrumento privado de la deuda, se entiende remitida esta.

Por el legado hecho al deudor de la cosa recibida en prenda, solo se entiende remitido este derecho.

Primer párrafo: conforme con la ley 3, párrafo 1, título 5, libro 34 del Digesto; y con la ley 47, título 9, Partida 6, y el artículo 1141.

Segundo párrafo: con la ley 1, párrafo 1, título 5, libro 34 del Digesto, con la 16, título 9, Partida 6, y con el artículo 1144.

ARTICULO 689.

El legado genérico de liberacion ó perdon de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores.

Es el artículo 830 Sardo: el 666 Austriaco respira el mismo espíritu, aunque no es tan espreso. «La renuncia á un crédito no se extiende jamás á deudas contraidas despues de la fecha del testamento.» La presuncion natural es que el testador no pensó sino en las deudas actuales, mientras no haya presunciones mas fuertes en contrario.

ARTICULO 690.

En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie en la seccion quinta, capítulo IV, título 5, de este libro.

Por Derecho Romano competia la eleccion al legatario, de modo que podia elegir lo mejor, leyes 34, párrafo 14, libro 30, y 23, libro 31 del Digesto, que ponen un mismo ejemplo, y por cierto bien raro: ¿á quien puede ocurrir legar toda la finca, propiedad y usufructo, ó el usufructo solamente? *Lucio Titio fundum sejanum, vel usumfructum fundi sejani lego.* Puede verse tambien el número 14, título 24 de los Fragmentos de Ulpiano con lo que allí dice Gotofredo.

Como quiera, el heredero es deudor, y no se descubre razon alguna para que no le aproveche lo dispuesto por regla general para todos los deudores en el artículo 1052.

El artículo 848 Sardo dice en el mismo sentido: «En caso de legados alternativos se reputa haberse dejado la opcion al heredero.»

Esto no quita para que en los casos particulares se resuelva lo contrario, si de las palabras en que está concebido el legado apareciere haber sido la voluntad del testador conceder la eleccion al legatario.

ARTICULO 691.

El legado de cosas indeterminadas, pero comprendidas en algun género ó especie determinada por la naturaleza ó por designacion del hombre, es válido, aunque no haya cosas de aquel género ó especie en la herencia.

La eleccion será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad superior ni inferior, habida consideracion al capital hereditario y á las circunstancias personales del legatario.

Grande es la confusion del Derecho Romano en este punto; la ley 23, título 9, Partida 6, lo resume con bastante claridad. Si la cosa corresponde á un género ó especie determinados por la naturaleza, por ejemplo, un caballo, y el testador dejó caballos, la eleccion será del legatario, pero no podrá escoger lo mejor; si el testador no dejó caballos, elegirá el heredero, pero sin poder dar lo peor; por manera, que en ambos casos viene á ser uno mismo el resultado.

Si la cosa corresponde á género ó especie, que no están determinados por la naturaleza, sino por obra ó disposicion del hombre, por ejemplo, una casa, y el testador no dejó casas, el legado es nulo; si las dejó, el heredero cumple con dar cualquiera de ellas.

Ha parecido haber mas sencillez y consecuencia en seguir aqui, como para el artículo anterior, la regla general adoptada en los artículos 1032 y 1033. «La eleccion corresponde al deudor,» y de consiguiente al heredero. Asi lo establecen los artículos 1022 Frances, 1013 Holandes, 844 Sardo, 977 Napolitano y otros, aunque mas vagos y generales que el nuestro.

O por designacion del hombre, aunque no haya, etc. Segun la ley 71, libro 30 del Digesto, este legado era *magis derisorium quam utile*: «Ca semeja que lo fizo por escarnio, mas que por otra cosa:» ley 23, título 9, Partida 6.

Es en estremo repugnante la creencia de *irrision* ó *escarnio* en un acto tan sério como el testamento, y solo hay de seguro que el testador quiso favorecer al legatario. Por esto se ha seguido contra dichas leyes la opinion de Voet y otros, número 6, título 5, libro 33. *Ex æquitate moribus hodiernis præstandam esse domum secundum vires patrimo-*

rii; et legatarii dignitatem, caritatem ac necessitudinem, eo fere modo, quo id in annuis et alimentis sine certa quantitate legatis Romani probarunt.

ARTICULO 692.

Siempre que el testador deje expresamente la eleccion al heredero ó legatario, podrá el heredero, en el primer caso, dar lo peor, y el legatario en el segundo escoger lo mejor.

Es conforme á la ley 9, párrafo 1, título 5, libro 4 del Digesto, y á la 25, título 9, Partida 6, aunque solo hablan del legatario. Cuando fueren dos ó mas y no se pusiesen de acuerdo en la eleccion, parece natural que se recurra á la suerte.

Sorte hoc esse dirimendum, párrafo 23, título 20, libro 2, Instituciones. «Puédeles mandar el judgador hechar suertes,» ley 26, título 9, Partida 6.

La eleccion, una vez hecha por el heredero ó legatario, queda irrevocable segun las leyes 5, libro 30, y 20, título 5, libro 33 del Digesto, y la citada 25 de Partida; si murieren sin hacerla, trasmitirán este derecho á sus respectivos herederos segun el citado párrafo 23 de las Instituciones; el artículo 849 Sardo lo dispone asi expresamente.

Dejada la eleccion al arbitrio de un tercero, y no pudiendo ó no queriendo este hacerla, se devolvia el derecho al mismo legatario, pero no podia escoger de lo mejor, sino de lo mediano, ley 3, párrafo 1, título 23, libro 6 del Código; la 25, título 9, Partida 6, no le ponia esta traba.

El artículo 846 Sardo la devuelve al Juez, y si ocurriera entre nosotros el caso de que voy hablando, parece natural y hasta forzoso, que se devolviera la eleccion al alcalde: pueden verse acerca del legado de opcion los artículos 388 Prusiano, 976 Napolitano, y 844 y siguientes Sardos.

ARTICULO 693.

Si la cosa legada era propia del legatario á la fecha del testamento, no vale el legado, aunque despues la haya enagenado.

Si la adquirió por título lucrativo despues de aquella fecha, nada podrá pedir el legatario; si por título oneroso, podrá pedir del heredero que le indemnice de lo que dió por adquirirla.

Propia del legatario: conforme con el párrafo 10, título 20, libro 2, Instituciones, *quia quod propium est legatarii amplius ejus fieri non potest.* Por lo mismo valdrá el legado respecto del derecho que el testador, ó un tercero tenga en la misma cosa.

Artículos 819 y 846 Sardos, y 661 Austriaco.

ARTICULO 694.

El legado de educacion dura hasta que el legatario sea mayor de edad: el de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no expresó otra cosa; no habiendo él señalado cantidad, se fijará segun el estado y condicion del legatario y el haber hereditario.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por via de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad.

Está copiado de los artículos 672 y 673 Austriacos y 441 Prusiano: este limita los alimentos al tiempo de la necesidad; el 673 Austriaco los extiende á toda la vida.

El 851 Sardo dice: «El legado de alimentos comprende la comida, el vestido, la habitacion y las otras cosas necesarias *durante la vida del legatario*, y puede todavia extenderse, segun las circunstancias, á la instruccion conveniente á su condicion.»

Véase lo que tengo espuesto sobre el artículo 71.

El Jurisconsulto Paulo hace iguales en cuanto á las cosas los legados de educacion y de alimentos, *imo ambo exæquanda sunt*, ley 23, título 1, libro 34 del Digesto; y yo tengo esto por justo y razonable, aunque en la ley 6 del mismo título diga el Jurisconsulto Javoleno, que el legado de alimentos no comprende *quæ ad disciplinam pertinent:*

Mientras viva. Segun la ley 14 del dicho título los alimentos, *si non patet quid testator sentiat, per totum vitæ tempus debebuntur*; y esta es la opinion comun seguida en la práctica, aunque la ley 24, título 9, Partida 6, no es tan expresa en este punto como la Romana.

Se fijarán:: si el testador acostumbró: conforme con la ley 22, título 1, libro 34 del Digesto, *non adjecta quantitate, ante omnia inspiciendum est quæ defunctus solitus fuerat ei præstare: si non appareat, ex facultatibus defuncti, et caritate ejus cui relictum est modus statui debet.* «Si el testador era usado en su vida de dar cierta quantia de pan, ó de dinero:: *si non dava* como cosa cierta, estonce devele dar segun quel como (el legatario) fuere, é segun fueren los bienes que heredó del testador.

ARTICULO 695.

Legados simplemente los alimentos sin designacion de cantidad, si se hubiera anticipado alguna por cierto tiempo, y el legatario muere antes de espirar aquel, devolverán sus herederos la parte de lo recibido correspondiente al tiempo que falte.

Voet, número 4, título 1, libro 34, refiriéndose al número 19, título

3, libro 25, en que habla de los vestidos usados, pero todavia no consumidos por el alimentario. En ninguno de estos lugares cita expresamente ley Romana en que apoyarse, pues de la 14, título 1, libro 34 del Digesto solo puede inferirse que los alimentos no se deben al muerto, y este argumento obra tambien contra el artículo siguiente que es tomado del mismo Voet, aunque apoyado en leyes Romanas.

ARTICULO 696.

Legada cierta cantidad anual, mensual ó semanal, sea ó no para alimentos, el legatario podrá exigir la del primer periodo, asi que muera el testador; y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolucion, aun cuando el legatario muera antes de concluirse el periodo por el que se le anticipó la cantidad.

Voet, números citados. *Si certa quantitas annua ad alimenta fuit legata, tota in initio anni præstita penes heredem legatarii, in initio anni forte defuncti remanere debet, cum non tam alimentum, quam potius annum legatum sit, licet testator hunc legati finem intenderit, ut legatarius inde aleretur, etc:* esta doctrina se halla expresamente consignada en las leyes 5, 8, y 22, título 1, libro 33 del Digesto.

A vobis peto: : ut uxori meæ præstetis, quoad vivet, annuos decem aureos: uxor supervixit marito quinquennio, et quatuor mensibus. Quæ ero, an heredibus ejus sexti anni legatum integrum debeatur? Modestinus respondit, integri sexti anni legatum deberi, ley 5.

Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cujuslibet anni, si decesserit legatarius, ejus anni legatum heredi suo relinquit, ley 8.

Filiæ meæ, quotiescumque vidua erit, in annos singulos centum heres meus dato. ¿Quæritur, si filia minus annui temporis vidua fuisset, num quid minus ei centum debebuntur?

Respondit, sibi videri, tametsi totus annus nondum fuisset, tamen deberi, ley 22.

Ab initio cujusque anni exigendi ea habebis facultatem, ley 1, título 33, libro 6 del Código.

Primi anni purum, sequentium conditionale: videri enim hanc inesse conditionem, si vivat, leyes 4, título 1, libro 33, y 10, 11 y 12, título 2, libro 36 del Digesto.

Nada disponen nuestras leyes de Partida sobre los tres artículos anteriores: la ley 15, título 11, Partida 5, al hablar de las estipulaciones ó promisiones, hace una distincion pueril, por no decir ridícula, entre prometer una cantidad *cada año*, *y por todos los años de la vida*; y tan pueril es la otra siguiente de la misma ley.

Las leyes 12, párrafo 4, 20 y 26, párrafo 2, título 2, libro 36 del Digesto, ponen varios casos en que puede dudarse si el legado es rigorosamente anual y múltiple, ó uno solo, pero cuyo pago quiso el testador que se hiciese por años ó pensiones *exonerandi heredis gratia:: ne urgeretur ad solutionem.*

En este segundo caso el legatario, que sobrevive al testador, trasmite su derecho á sus herederos, aunque muera antes de los años ó plazos señalados; pero no puede pedirse el pago por el legatario ó herederos sino vencido el año ó plazo.

De los Códigos modernos solo el Sardo trata esta materia en su artículo 833. «Si á alguno es legada una cantidad determinada para satisfacerse en tiempos establecidos, como en cada año, cada mes, ó en otro tiempo, el primer término comienza á la muerte del testador, y el legatario adquiere el derecho á toda la cantidad debida por cada uno de los términos, aunque solamente haya sobrevivido al principio del mismo término.»

El artículo Sardo está conforme con el nuestro y con el Derecho Romano, salvo en cuanto dispone que el legado anual ó periódico no pueda exigirse hasta el vencimiento del término: quiso tal vez hacer una distincion favorable á los alimentos.

El 687 Austriaco es menos expresivo, y viene á disponer lo mismo: «Cuando se trata del legado de una renta periódica, el primer período comienza en el momento de morir el testador, pero aquella no es exigible sino al fin de cada periodo.

ARTICULO 697.

En los legados puros y simples el legatario adquiere derecho á ellos, desde que muere el testador y lo trasmite á sus herederos.

Si purum legatum est, ex die mortis (testatoris) dies ejus cedit:: si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad hæredem suum transfert legatum, ley 5, título 2, libro 36 del Digesto, ley única, párrafos 1 y 5, título 51, libro 6 del Código y ley 34, título 9, Partida 6. En Derecho Romano *cedere diem* se dice *cum aliquid incipit deberi;* y *venire diem* desde que puede pedirse ó exigirse, ley 213, título 16, libro 50 del Digesto. Artículos 1014 Frances, 843 Sardo, 1004 Holandes, 631 de Vaud, 1618 de la Luisiana, 684 Austriaco y 1 Bávaro, capítulo 7, libro 3. Si el legado es condicional, se observará el artículo 723, y téngase presente lo dispuesto en el 707.

ARTICULO 698.

Cuando el legado es de cosa especifica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos pendientes y futuros.

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario; y en cuanto á su pérdida, aumento ó deterioros posteriores, se observará lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 981.

Adquiere. El dominio de la cosa legada *recta via, ab eo qui legavit, ad legatárium transit*, ley 64, título 2, libro 47 del Digesto.

«E aun decimos, que luego que el testador es muerto, pasa el dominio de la cosa que es mandada á aquel que es fecha la manda;» ley 34, título 9, Partida 6.

Los mismos artículos extranjeros citados en el anterior: los 303 y 306 Prusianos, y el 686 Austriaco, están, si cabe, mas expresos.

Pendientes y futuros. Los pendientes son parte de la misma cosa: vé el número 2, artículo 380. Voet, número 48, título único, libro 30, citando á otros, entiende del legado de cosa agena la ley 6, título 47, libro 6 del Código, que dice: *fructus ex die contestationis, non ex die mortis consequuntur.*

El artículo 1014 Frances no atribuye al legatario los frutos sino desde el dia de la demanda para la entrega de la cosa legada, y es seguido por algunos otros Códigos, artículo 853 Sardo, 1006 Holandes: el 1015 Frances los atribuye desde la muerte del testador, si este lo ordenó expresamente, y cuando el legado es de renta vitalicia ó de pension á título de alimentos; le copia el 1007 Holandes y el 854 Sardo; pero este añade otro caso de escepcion «cuando el legado sea de un fondo ó de un capital ú otra cosa fructífera, *fruttante:*» pero repugna que pase el dominio al legatario, que perezca para él la cosa, y no haga suyos los frutos.

Segun la ley 37, título 9, Partida 6, solo se debian los frutos desde el dia de la aceptacion de la herencia: Gregorio Lopez y otros la creyeron corregida por la ley recopilada 1, título 18, libro 10, y asi se practicaba.

La cosa legada: es una consecuencia del dominio que ha pasado al legatario; *res suo domino perit:* vé el artículo 981 de la referencia.

ARTICULO 699.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado que tenga al morir el testador.

El artículo 1018 Frances, 1010 Holandes, 857 Sardo, dicen: « con

sus accesorios necesarios.» El 405 Prusiano dice con mas laconismo; «Los accesorios siguen siempre la suerte de las cosas principales.»

El artículo 1019 Frances, copiado en el 1011 Holandes y 858 Sardo, dice: «Cuando el que ha legado la propiedad de un inmueble lo ha aumentado despues con algunas adquisiciones, no se reputarán estas comprendidas en el legado (aunque estén contiguas) sin nueva disposicion.

Lo contrario será respecto de los adornos, de lo fabricado en el fundo legado, y de un cercado, cuyo recinto hubiese aumentado el testador.»

Se ha creido que bastaba con el artículo 1018 sustituyendo la palabra «todos» á la de «necesarios.»

Que se entienda por accesorios de un inmueble, se halla enumerado en los números 3 al 7 inclusive del artículo 380; y por regla general son accesorios en materia de legados los mismos que en la de venta, sobre lo que se trata largamente en el título 1, libro 29 del Digesto, y 5, Partida 6.

Llámase accesorio de la cosa legada todo lo que, sin ser la misma cosa, tiene con ella tal relacion, que no debe separarse, y antes bien debe seguirla. *Quæ rebus accedunt, ut vestis homini, equo capistrum* ley 1, párrafo 5, título 3, libro 16 del Digesto.

La ley 37, título 9, Partida 6, dice, que el heredero debe entregar la cosa mandada «con todo lo al que le perteneciesse;» pero habla de otra clase de accesiones, como son el aumento del campo por avenida ó aluvion, el haberlo plantado el testador de árboles ó vides, ó edificado en el solar despues de legado.

Esta ley fué tomada de la 8 *in principio*, la 24, párrafo 2, y la 44, párrafo 4, libro 30 del Digesto; pero las leyes Romanas son mas esplícitas, pues comprenden el caso de haber aumentado el testador el fundo legado con otro ó parte de otro. *Si quis post testamentum factum, fundo Titiano legato partem aliquam adjecerit quam fundi titiani destinasset, exigi á legatario potest:: etiam si adjecisset aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet.*

El artículo 1019 Frances está conforme con el Derecho Romano y nuestro en cuanto á lo edificado en el solar ó casa despues del legado, no en cuanto al aumento dado á la finca por adquisiciones posteriores.

Nuestro artículo está redactado en el espíritu del Derecho Romano: la razon que se da en la citada ley 8 es convincente, *si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam dumtaxat partem deberit placet*; luego debe ser del legatario el aumento ó agregacion que hizo destinándolo á formar un todo con la finca legada.

En el estado que tenga: con las mejoras, aumentos, ó menoscabos sobrevenidos hasta entonces, segun acabo de manifestar, y lo mismo se observará en el legado de un rebaño, manada ó piara, pues habrán de entregarse las cabezas que resten, aun cuando sea una sola, párrafo 18, título 20, libro 2, Instituciones; y el solar, aunque se haya arruinado ó quemado el edificio, ley 22, libro 30 del Digesto. «Si la cosa legada no ha perecido mas que en parte, el legado subsiste en lo que resta,» artículo 1636 de la Luisiana: ve los nuestros 454 y 724.

ARTICULO 700.

El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesion al heredero ó albacea cuando se halle autorizado para darla.

Aequissimum Prætori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis sed ab herede petere, ley 1, párrafo 2, título 3, libro 43 del Digesto, y leyes 37 y 38, título 9, y la 2, título 10, Partida 6.

«La entrega del legado particular se debe pedir al ejecutor testamentario *qui á la saissine*, ó á los herederos, si espiraron las funciones de aquellos,» artículo 1623 de la Luisiana. Los artículos 1014 Frances, 1006 Holandes, 852 Sardo y 294 Prusiano, hablan solo de los herederos.

La citada ley 2, título 10, Partida 6, habla tambien de albaceas ó testamentarios, «en la manera que los facedores de los testamentos lo ordenaren.»

Por su propia autoridad. Esta es una disposicion general en Derecho Romano y Patrio, y puede decirse que de jurisprudencia universal, para la conservacion del órden público, *non est singulis concedendum:: ne occasio sit majoris tumultus faciendi;* leyes 176, título 17, libro 50 del Digesto, y 10, título 10, Partida 7.

Pero, si la cosa estuviese antes en poder del legatario, podrá este retenerla.

ARTICULO 701.

El heredero debe entregar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo; y no cumple con dar su estimacion.

Los legados en dinero deben ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Primer párrafo. *Ipsum præstandum quod relictum est; cum vero*

ipsum præstari non potest, æstimationem esse præstandam, ley 11, párrafo 17, libro 32 del Digesto: vé el artículo 1089 y las citas allí hechas.

Segundo párrafo. *Si pecunia legata in bonis legantis non sit solvendo, tamen hereditas sit, heres pecuniam legatam dare compellitur sive de suo, sive ex venditione rerum hereditariarum, sive unde voluerit*, ley 12, libro 31 del Digesto. En suma, este artículo no es mas que la aplicacion de la doctrina comun á toda especie de deudores.

Tercer párrafo. Artículo 856 Sardo, 816 Frances, repetido en otros: este es comun á todos los deudores segun el artículo 1092.

ARTICULO 702.

Si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, serán preferidos los de cosa específica y determinada; y el resto de los bienes se repartirá á prorata entre los legatarios de cantidad de dinero.

Los legados hechos en recompensa de servicios no estarán sujetos á este descuento, y se pagarán con preferencia: lo mismo se observará siempre que así lo determine expresamente el testador.

Es el artículo 1628 del Código de la Luisiana, que parece muy conforme á razon y á derecho. Los 691 y 692 Austriacos dicen: «Si la herencia no basta para pagar todos los legados, los de manutencion y alimentos serán pagados los primeros y los otros serán reducidos.»

En el legado de cosa específica el dominio pasa al legatario así que muere el testador, y nada tiene que ver aquel con los otros legatarios y bienes de la herencia: aunque estos sean cuantiosos, si la cosa específica perece, se extingue el legado; justo es, pues, que lo conserve, aunque sean pocos.

Expresamente. La voluntad del testador es la ley, si pues quiso que tal legado de dinero fuese pagado con preferencia, quedará libre de la reduccion ó descuento, segun se ha establecido al hablar de la legítima.

De servicios. En este caso hay por parte del testador una especie de deuda, al menos moral, la deuda de la gratitud; y debe presumirse que quiso preferirlo en el pago á los legados de pura y absoluta liberalidad.

ARTICULO 703.

El legado hecho simplemente á un menor para tomar estado, sin expresion del cual haya de ser, se entregará al legatario así que cumpla la mayor edad:

El hecho á un mayor de edad se entenderá para tomar estado de matrimonio, y se le entregará cuando lo tome.

El celibato es un estado: el legatario mayor de edad puede alegarlo, y se entiende que lo elige mientras permanece en él; por este artículo se quitan dudas, sobre las que he visto pareceres encontrados.

En este caso es claro que el testador pensó en otro estado que el celibato, y ninguno es tan favorable como el de matrimonio.

Segun la ley 4, título 43, libro 2 del Código, si se mandó dar ó hacer algo por testamento, ó contrato hasta la edad legítima ó perfecta, ó desde ella, como alimentos, ó restituir por fideicomiso alguna cosa, se entendia la edad de 25 años, es decir, la verdadera mayoría.

ARTICULO 704.

El legatario puede exigir que el heredero afiance en todos los casos en que puede exigirlo el acreedor.

Artículo 688 Austriaco que, en pocas palabras, y con mayor claridad, encierra todo el título 3, libro 36 del Digesto: el legatario es acreedor: debe, pues, gozar de todos los derechos que encierra este concepto: vé nuestro artículo 704.

ARTICULO 705.

Cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó este por cualquier otra causa no pueda tener efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitucion y del derecho de acrecer, conforme á lo dispuesto en la seccion segunda, capítulo I, título III de este libro.

Es el artículo 1043 Frances, 1696 de la Luisiana, 998 Napolitano, 831 Sardo, 683 de Vaud, 566 Prusiano y 689 Austriaco: lo mismo se halla dispuesto en los títulos 8 y 9, libro 34 del Digesto, con la diferencia de no aplicarse al fisco lo dejado á los incapaces ó indignos: véase lo expuesto al final del artículo 662.

ARTICULO 706.

El legatario no puede admitir una parte y repudiar la otra del mismo legado.

Si murió sin admitir ó repudiar dejando herederos, puede uno de estos admitir su parte del legado, y otro repudiar la suya.

Legatarius pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum non potest: heredes ejus possunt, ut alter eorum partem suam adquirat, alter repudiet, leyes 38, libro 30, y 4, libro 31 del Digesto. *Nemi-*

nem ejusdem rei legatæ sibi partem velle partem nolle verius est: sobre la 38 dice Gotofredo; *heredibus interdum plus juris competet, quam testatori;* por la muerte del legatario se divide el legado en tantas partes como herederos deja; y en la misma proporcion que heredan: el legado se fracciona y multiplica.

ARTICULO 707.

Siendo dos los legados puede el legatario admitir uno y repudiar otro; pero, siendo uno de ellos oneroso, no podrá repudiar este, y admitir el otro.

Sed duobus legatis relictis, unum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse respondetur. Sed si unum ex legatis onus habet, et hoc repellatur, non idem dicendum est; ley 5, libro 31 del Digesto.

Habria poca delicadeza por parte del legatario en admitir el legado indudablemente útil, y desechar el oneroso; ademas se presume que el testador no hizo el primero sino por consideracion al segundo.

CAPITULO IX.

De las condiciones y objeto ó fin de las disposiciones testamentarias.

ARTICULO 708.

Lo dispuesto en los artículos 1030, 1031, 1032, 1034, 1035, 1036, 1037, 1039, 1040, 1041, 1044, 1046, 1047 y 1048, *rige igualmente en las últimas voluntades.*

Adoptando para las últimas voluntades lo dispuesto para las obligaciones en los artículos que se citan, se gana mucho en sencillez y claridad; aunque nos apartamos del método seguido en la legislacion Romana y la de Partidas, que tratan separadamente de las condiciones en una y otra materia: la misma observacion puede hacerse respecto de algunos Códigos modernos: el mismo Frances no presenta la ventaja que este artículo nuestro.

En la legislacion Romana y Patria se daba por cumplida la condicion si, pendiendo del arbitrio del legatario y de un tercero, queria aquel cumplirla y este no; por ejemplo, la de casarse uno con otro; y se decidia lo contrario cuando no tenia lugar el matrimonio por accidente, como por la muerte de uno de ellos.

En el caso propuesto parecia equitativa á primera vista la distincion favorable al que por su parte estaba pronto á cumplir la condi-

cion; pero lo cierto es, que no se cumplia con esta ni con la voluntad del testador que se habia fijado en la realizacion del matrimonio, y mostrádose liberal con el solo objeto de ayudar á sostener sus cargas: regirá, pues, de lleno en las últimas voluntades lo dispuesto en el artículo 1044.

ARTICULO 709.

Las condiciones imposibles, las contrarias á las leyes ó buenas costumbres, se tienen por no puestas, y en nada perjudican al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga lo contrario.

Lo mismo se observará respecto de las condiciones de no hacer una cosa imposible.

Párrafo 10, título 14, libro 2, Instituciones: leyes 14 y 27, título 7, libro 28; 113, párrafo último, libro 30; 3 y 20, título 1, libro 35 del Digesto; 5, título 25, libro 6 del Código; 3, título 4, y 32, título 9, Partida 6: artículos 821 Sardo y 900 Frances: el 698 Austriaco declara nula la disposicion por la que se da á alguno un derecho bajo una condicion *suspensiva*, *imposible ó ilícita*; si la condicion es resolutoria, se tiene por no existente y subsistirá la disposicion.

Estas mismas condiciones anulaban por Derecho Romano los contratos, cuya disposicion hemos conservado en el artículo 1033: en Derecho Patrio carecíamos de ley expresa; pero se practicaba lo mismo siguiendo la opinion unánime de todos los autores, á la que parecian favorables las leyes 17 y 21, título 11, Partida 6.

Para explicar y fundar esta diferencia se dice, generalmente, que se chancean ó están locos los contrayentes al imponer y admitir tales condiciones, *jocari*, *insanire videntur*, y que el testamento es un acto muy sério para admitirse en él la presuncion de chanza, debiendo por lo tanto presumirse error ó inadvertencia en el testador; ¿pero da este gran muestra de sano juicio cuando pone alguna de aquellas condiciones?

La verdadera causa es el favor de las últimas voluntades, y el que en ellas interviene una sola persona.

El artículo 900 Frances iguala bajo este aspecto las *donaciones* con las últimas voluntades; nosotros no hemos admitido este desvio del Derecho comun, y por otra parte es muy difícil justificarlo.

Las condiciones imposibles no anulan los esponsales y matrimonio, ni las tórpes, con tal que no sean contra la naturaleza del matrimonio; leyes 3 y 6, título 4, Partida 4.

Lo mismo. Esto tiene lugar aun en los contratos segun el citado artículo 1033, segundo párrafo.

ARTICULO 710.

La condicion puramente potestativa, impuesta al heredero ó legatario, ha de ser cumplida por estos despues de la muerte del testador, y con noticia de que les habia sido impuesta.

Esceptúase el caso en que la condicion ya cumplida no pueda reiterarse.

Non nisi post mortem testatoris: ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam, ley 2, título 1, libro 35 del Digesto: no puede haber obediencia y consentimiento sin ciencia. *Hæc conditio, filiæ meæ cum nupserit, talis est, ut qui testatus est, impleri solummodo conditionem voluerit, non satis egerit quando; et ideo, et si vivo testatore nupserit post testamentum factum, impleta conditio videtur, præsentim cum conditio hæc talis est, ut semel impleri debeat*, ley 10 del mismo título.

El artículo 701 Austriaco dice: «Si la condicion se ha cumplido antes de la muerte del testador, se decidirá segun la naturaleza de esta condicion si debe cumplirse de nuevo, ó si debe dispensarse de ella al instituido:» pero esto es demasiado vago y general.

ARTICULO 711.

Si la condicion potestativa impuesta al heredero ó legatario fuese negativa, ó de no hacer, ó no dar, cumplirán aquellos con afianzar que no harán ó no darán lo que les fué prohibido por el testador; y que en caso de contravencion devolverán lo percibido con sus frutos ó intereses.

Esta caucion se llamó entre los romanos *Muciana* por haberla inventado el jurisconsulto Quinto Mucio Scevola, leyes 7, 18 y 79, título 1, libro 35 del Digesto, y fué adoptada en la 7, título 4, Partida 6; pero no tiene lugar en los contratos: aqui, como en otras muchas cosas, obra el favor de las últimas voluntades: tambien está adoptada en el artículo 862 Sardo.

El testador puede remitir esta caucion al legatario, Novela 22, capítulos 43 y 44.

ARTICULO 712.

Cuando la condicion fuere casual ó mixta, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si este no hubiere dispuesto otra cosa.

Si habia existido ó se habia cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida.

Si lo sabia, solo se tendrá por cumplida cuando sea de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

Primer párrafo. *Si ille consul factus fuerit, si nupta fuerit:: quandocumque impleta fuerit conditio, sive vivo testatore, sive mortis tempore, sive post mortem*; leyes 8, título 25, libro 6 del Código, y 11, párrafo 1, título 1, libro 35 del Digesto. Las casuales y las mixtas (por lo que participan de casuales) son de tal índole, *ut qui testatus est, impleri solummodo conditiones voluerit; non satis egerit quando*, ley 10, título 1, libro 35 del Digesto, como que su cumplimiento no depende del arbitrio del heredero ó legatario.

Segundo párrafo. *Si jam facta sunt quæ conditionis loco ponuntur, et sciat testator; quæ iterum evenire possunt, expectentur ut fiant*, ley 11, título 1, libro 35 del Digesto; *Si pater. Filiæ aureos tot heredem dare jusserit ubi ea nupserit: si filia nupta sit cum testamentum fit, sed absente patre et ignorante, nihilominus legatum debetur: si enim hoc pater non ignorabat, videtur de aliis nuptiis senssise.* Ley 45, párrafo 2, libro 31 del Digesto.

ARTICULO 713.

La condicion absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tiene por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte, ó por los ascendientes ó descendientes de este.

Podrá, sin embargo, dejarse á cualquiera el usufructo, uso, habitacion ó una pension ó prestacion periódica, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

Nuestras leyes callan sobre la validez ó ineficacia de esta condicion; las Romanas, por el contrario, se ocupan mucho en ella y en otras parecidas, así como nuestros autores Gomez, *libro 1 variarum*, capitulo 11, número 60, y en la ley 16 de Toro, números 8 y siguientes; Covarrubias *de matrimonio*, parte 2, capítulo 3, párrafo 9; Mayans, *tomo 2 disp. jur., disput.* 3; Gregorio Lopez, en la glosa á la ley 17, título 11, Partida 5; Molina *de just. et jur. disput.* 207, *vers. quæ hactenus.*

La condicion de no casarse, impuesta á un soltero, era nula, como contraria á la ley Julia Papia ó Julia Miscela, ley útil á la República, *sobolis scilicet procreandæ causa lata*, leyes 64, párrafo 1, 63 y 22, título 1, libro 35 del Digesto; pero dicha ley la permitia en los viudos, leyes 2 y 3, título 40, libro 6 del Código.

Justiniano la reprobó aun en este segundo caso, y últimamente la admitió con mayor latitud que la ley Julia: lo dejado, aun por extraños, al viudo ó viuda bajo condicion de viudedad, no podia pedirse sino dando antes la caucion Muciana de restituir lo percibido, si se faltaba á la condicion; dichas leyes 2 y 3 del Código, y Novela 22, capítulos 43 y 44.

Nuestro artículo solo autoriza para esta condicion al difunto consorte y sus parientes en línea recta: la injuria ó desprecio, que puede suponerse en el segundo ó ulterior matrimonio, debe limitarse á las personas mas allegadas del difunto: este es un medio término entre el artículo 822 Sardo, que únicamente la permite al cónyuge difunto, y el Derecho Romano, que la permitia aun á los extraños.

Absoluta: porque la condicion de no casar con persona ó personas determinadas, fué y debe ser siempre permitida, ley 63, título 1, libro 35 del Digesto.

Usufructo, uso, etc.: tomado del artículo 822 Sardo, y conforme á la opinion de nuestros autores que consideran estas disposiciones como *modales*, mas bien que como *condicionales*, y dirigidas, no á impedir el matrimonio, sino á socorrer á las hembras mientras carezcan de la proteccion y auxilio del marido, pues lo comun es que se pongan á las hembras.

El citado artículo 822 Sardo establece, que, en las disposiciones testamentarias de un cónyuge (que deja prole) á favor del otro, se sobreentienda de derecho la condicion de no casarse.

El 700 Austriaco dice: «La condicion de no casarse se tiene por no puesta, á menos que el legatario sea viudo ó viuda, y padre ó madre de uno ó mas hijos.»

«La condicion de no casarse con cierta persona es válida.»

ARTICULO 714.

La expresion del objeto ó aplicacion que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que él mismo impusiere, no se entenderá condicion, si no pareciere ser esta su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es trasmisible á los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador, y en caso contrario la devolucion de lo percibido con sus frutos é intereses.

Esto es lo que en latin se llama *modo*. *Si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori::: sub modo legatum videtur*, ley 17, párrafo 4, título 1, libro 35 del Digesto, copiada y amplificada en la 21, título 9, Partida 6.

El *modo* pasa á ser condicion cuando en lugar del *ut* latino, ó *para* castellano, se usa la palabra *si*, aunque á veces el *modo* se llama tambien condicion, como en las leyes 71, párrafo 1, y 108, título 1, libro 35 del Digesto; pero en caso de duda la disposicion se tiene por *modal*, mas bien que por condicional, pues que la primera es mas llena y perfecta, y las últimas voluntades son de lata y favorable interpretacion.

Lo dejado de esta manera. Es conforme á las leyes 2, título 45, libro 6 del Código; 48, título 5, libro 40; 19, libro 32; 40, párrafo 5, título 1, libro 35 del Digesto, y á la citada 21, título 9, Partida 6.

Si habrá de afianzarse, ó no, cuando el mismo legatario es el único interesado en el cumplimiento, puede verse en los comentaristas Romanos.

El artículo 508 Prusiano dice: «No debe confundirse la condicion impuesta á un legado con el destino ó aplicacion que le haya sido dada en el testamento.» El 709 Austriaco: «Si se ha dejado un legado con la carga de hacer alguna cosa, se mira esta condicion como resolutoria;» es decir, que no suspenderá la prestacion del legado hasta cumplirse con la carga, pero lo resolverá ó dejará sin efecto en el caso de no cumplirse: la fianza de nuestro artículo, conforme con la legislacion Romana y Patria, tiene por objeto la mayor seguridad del heredero para el segundo caso.

ARTICULO 715.

Cuando sin culpa ó hecho propio del legatario no puede cumplirse el legado de que trata el artículo anterior en los mismos terminos que ordenó el testador, deberá cumplirse en otros, los mas análogos y conformes á su voluntad.

Tomado de la ley 16, título 2, libro 33 del Digesto, que pone el ejemplo de haber uno dejado algunas rentas para que en memoria suya se celebrase anualmente un espectáculo en tal ciudad, *quod illic celebrari non licet*; y dice el jurisconsulto Modestino: *Iniquum esse hanc quantitatem quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere: igitur adhibitis heredibus, et primoribus civitatis, dispiciendum est in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur*; y esto es tan conforme á equidad como á la voluntad presunta del testador.

Sin culpa ó hecho propio: porque habiéndolo quedaria sin efecto el legado.

ARTICULO 716.

Lo dispuesto en el artículo 709 sobre las condiciones imposibles y

las contrarias á las leyes ó buenas costumbres, rige igualmente en los casos del artículo 714.

La afinidad entre el *modo* y la condicion se hecha tambien de ver en que ambos deben ser cumplidos, aunque en diferentes tiempos: si el modo es imposible, torpe ó contra las leyes, se tiene por no puesto como sucede en las condiciones. La razon es idéntica en ambos casos, y asi está dispuesto en las leyes 37 y 71, párrafos 1 y 2, título 1, libro 35 del Digesto, y en la Novela 1, capítulo 1 al principio. *Si quod præcipitur, legitimum sit, aut si non illud aliqua lex prohibeat.*

CAPITULO X.

De la revocacion é ineficacia de los testamentos.

ARTICULO 747.

Todo testamento es revocable á voluntad del testador hasta su muerte.

La renuncia á este derecho de revocacion es nula, asi como la cláusula en que el testador se obliga á no usarlo sino bajo ciertas palabras, cláusulas ó restricciones.

Primer párrafo: *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad supremum vitæ exitum*, ley 4, título 4, libro 34 del Digesto. «Cuando quisiere hasta el dia que muera,» ley 25, título 1, Partida 6. Concuerdan todos los Códigos, menos los que admiten testamentos recíprocos ó de hermandad; de estos, unos exigen consentimiento recíproco; otros se contentan con que se haga saber la revocacion: vé el artículo 557.

Segundo párrafo: Es casi literal el 1683 de la Luisiana, consecuencia forzosa de la primera parte, y de la naturaleza misma del testamento, en que el testador no se obliga, ni puede obligarse á nadie ni á nada, *nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut á priori ei recedere non liceat*, ley 22, libro 32 del Digesto.

Por este artículo desaparece la ley 22, título 1, Partida 6, que sin apoyo alguno en el Derecho Romano, ni razon alguna plausible, da tanta fuerza á la cláusula. «Este mio testamento que agora fago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento, que fuesse fallado, que oviesse fecho ante deste, nin despues:» segun la ley no se quebrantaria este testamento por otro posterior, si no revocaba *señaladamente* el anterior: asi es que, á pesar de ser tan clara y precisa, los intérpretes la han desvirtuado casi enteramente.

Queda tambien derogada la abusiva práctica de insertar en un tes-

tamento ciertas palabras como *sacramentales*, sin cuya repeticion en el posterior no se entienda derogado el anterior:

Esto, sobre ser contrario á los principios de derecho, puede ser una espada de dos filos y ocasionar los mismos males que se quiere prevenir; la voluntad expresa ó presunta del testador: hé aquí la suprema ley en esta materia, ley 69, libro 32 del Digesto, y 5, título 33, Partida 6.

El artículo 716 Austriaco es igual á la ley 22, título 1, Partida 6.

ARTICULO 718.

El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar.

Queda desechada en parte la ley 27, título 23, libro 6 del Código, segun la que bastaba la declaracion contraria ante tres testigos *vel inter acta*, seguida del trascurso de diez años. Para la validez y fuerza de un acto no debe atenderse al silencio de su autor y curso ulterior del tiempo; ademas, nada es tan natural y equitativo como el que cada cosa se disuelva del mismo modo con que se formó; y las razones que hubo para exigir tantas solemnidades en la formacion de los testamentos, militan igualmente en su revocacion: por estas consideraciones tampoco admito el artículo 1035 Frances en cuanto á la simple declaracion de cambio de voluntad hecha ante notarios. En este artículo se trata simple y generalmente de revocacion que, puede verificarse sin necesidad de hacer otro testamento, aunque no sea esto lo comun.

«El acto por el que se revoca una disposicion testamentaria debe ser hecho en una de las formas prescritas para los testamentos y revestido de las mismas formalidades,» artículo 1685 de la Luisiana. «Nadie puede revocar un testamento sino de la misma manera que puede testar,» artículos 387 Prusiano y 719 Austriaco, 745 y 909 Sardos y 668 de Vaud: siguen al 1035 Frances el 1039 Holandes y el 990 Napolitano.

Ni en parte: porque no hemos admitido los codicilos.

ARTICULO 719.

El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquel subsista en todo ó en parte.

El artículo 1036 Frances está redactado en sentido contrario; si no se revoca expresamente el testamento anterior, subsistirá en todo lo que no sea incompatible con el posterior. Conforme con el Frances el 912 Sardo, 1686 de la Luisiana y 991 Napolitano. Nuestro artículo mantie-

ne la disposicion del Derecho Romano, y de la ley 21, título 1, Partida 6, porque el hecho solo de proceder á nuevo testamento induce naturalmente la presuncion de que el testador obra como si antes no hubiera testado: *quod ipsius etiam rei natura satis demostrat*, dice Vinio, número 4, título 17, libro 2, Instituciones, y añade que es ociosa la cláusula formularia de los notarios de que el testador revoca, anula y casa los testamentos anteriores.

El artículo 668 de Vaud dice: «Todo testamento posterior revoca de derecho el testamento anterior.» El 669: «Si el testamento posterior es declarado nulo, el anterior subsiste.» El 713 Austriaco: «Un testamento posterior anula el primero en todas sus partes, si no contiene confirmacion del primero:» lo mismo el 572 Prusiano.

Posterior perfecto: *quod jure perfectum est*, párrafo 2, título 17, libro 2, Instituciones; y ley 23, título 1, Partida 6; de consiguiente, si el posterior es nulo, subsiste el anterior: es una consecuencia del artículo anterior, admitida expresa ó tácitamente en todos los Códigos, porque lo nulo no puede surtir efecto alguno. Pero, siendo perfecto, no es necesario que sea de la misma especie que el anterior, y bastará el menos solemne ó privilegiado, pues que este por disposicion especial de derecho es tan perfecto, como lo es el solemne por derecho comun, ley 2, título 3, libro 28, y 36, párrafo último, título 1, libro 29 del Digesto; ni empece que el testamento posterior haya sido hecho en el extranjero, con arreglo á los artículos 585 y 586.

Y quedará tambien revocado el testamento anterior cuando en el caso del artículo 572 resulte ineficaz el posterior, porque este en su principio fué válido, como hecho en la forma prescrita por la ley. Quedó, pues, revocado el primer testamento, y se habria heredado por el segundo, si entonces hubiera muerto el testador; la ineficacia por un hecho posterior no puede resucitar un testamento muerto, y se habrá de heredar *ab intestato*: así lo hallámos por Derecho Romano en un caso idéntico, á saber, el testamento militar que dejaba de valer pasado un año, ley 36, párrafo último, título 1, libro 29, combinada con la 16, título 3, libro 28 del Digesto; y en el espíritu de estas y otras leyes Romanas, como la 16, del mismo título y libro, fue redactado el artículo 1037 Frances, seguido por otros Códigos.

ARTICULO 720.

Sin embargo, el testamento recobra su fuerza, si el testador revoca despues el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Esta es la opinion de muchos autores respetables regnícolas y ex-

trangeros, arguyendo de un caso parecido en la ley 11, párrafo 2, título 11, libro 38 del Digesto, y aun menos favorable que el de este artículo, *si codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit*: aqui se trata de una declaracion hecha con todas las solemnidades del testamento.

El artículo 723 Austriaco dice: «Si se revoca un testamento escrito posteriormente, el anterior vuelve á quedar en pie con tal que esté redactado por escrito.»

En una nota á este artículo dice el redactor de la concordancia entre el Código Napoleon y los Códigos civiles extrangeros: «En Francia es una cuestion muy controvertida la de saber si un testamento anulado puede revivir por una declaracion expresa del testador, ó si es necesario otro testamento. En todo caso, un testamento revocado nunca vuelve á ser válido por la sola revocacion del testamento posterior; es menester una declaracion formal:» nuestro artículo previene esta controversia, y exige la declaracion que no se lee en el Austriaco.

ARTICULO 721.

Toda disposicion testamentaria á título universal ó particular, fundada en una causa falsa, quedará sin efecto, si el interesado no probase que el testador tuvo, para hacer la disposicion, otra causa tan atendible como la expresada.

Por Derecho Romano la falsedad de la causa no viciaba la disposicion, á no ser que el heredero probase que el testador no lo habria hecho sabiendo que la causa era falsa, párrafo 31, título 20, libro 2, Instituciones, y la ley 72, párrafo 6, título 1, libro 35 del Digesto; tampoco la viciaba segun las leyes 20 y 21, título 9, Partida 6.

No debe parecer estraña esta disposicion en las últimas voluntades, que son de lata y favorable interpretacion, cuando regia igualmente en las donaciones, que eran de extricto derecho, leyes 52 y 65, párrafo 2, título 6, libro 12 del Digesto. Y por cierto que la razon dada en la ley 65 es bien pueril y ridícula, *quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim*; pues que precisamente se debe presumir que falta la voluntad, cuando resulta falsa la causa que la determinaba. No es menos frívola é impertinente la razon de la ley 72, párrafo 6, título 1, libro 35 del Digesto, *quia ratio legandi legato non cohæret*: yo digo que la razon ó motivo de legar es la parte noble y decisiva del legado.

Nosotros hemos rechazado la doctrina Romana respecto de las donaciones, como se vé en los artículos 941 y 998, y debemos hacer lo mismo en las últimas voluntades, que son tambien actos de liberalidad.

En este artículo se halla decidido el caso de la ley 21, título 1,

Partida 6, tomada de la 92, título 5, libro 28 del Digesto. Si uno hace segundo testamento é instituye heredero, expresando que lo hace por haber oido que habia muerto el instituido en el primer testamento, cuando realmente vive, subsistirá la primera institucion. En las leyes citadas este caso era una escepcion; en nuestro artículo será una consecuencia de la regla general.

Si el interesado no probase. La presuncion está contra el interesado; á él toca, pues, destruirla con la prueba en contrario. Variada la disposicion del Derecho Romano en la primera parte del artículo, era preciso variarla en cuanto á la obligacion de probar que, segun la citada ley 72, no incumbia al favorecido por causa falsa: hay, pues, consecuencia en el artículo, como la habia en Derecho Romano, aunque las disposiciones sean contrarias.

El artículo 810 Sardo dice como el nuestro: «Toda disposicion á título universal ó particular, fundada en una causa falsa, quedará sin efecto.»

El 811: «Si no resulta del testamento que la causa expresada ha sido la sola que ha determinado al testador, la disposicion producirá efecto, aun cuando la causa resulte falsa:» nuestro artículo se aparta mucho de este y evitará pleitos determinando cuándo y por quién ha de hacerse la prueba.

ARTICULO 722.

La cláusula por la que el testador prohibe impugnar su testamento no se extiende á las demandas de nulidad por falta de solemnidades, ni á las de interpretacion de voluntad.

El artículo 720 Austriaco dice: «Ni á su sinceridad ni á su interpretacion.»

El 757 Prusiano: «Las disposiciones por las cuales el testador impone ciertas cargas á los herederos ó legatarios que impugnen el testamento, no comprenden las demandas de nulidad por causa de no autenticidad, ó de verdad de las últimas voluntades.»

Ningun agravio hace al difunto el que aspira á poner en claro su verdadera voluntad por las reglas de la buena interpretacion y la autenticidad de su testamento.

ARTICULO 723.

Toda disposicion testamentaria será ineficaz respecto del heredero ó legatario que mueren antes que el testador, ó antes que se cumpla la condicion de que dependia la institucion ó legado.

«Si fuesse bivo é se muriesse despues en ante que el testador:: mu-

riendo en ante que se cumpliesse la condicion,» leyes 34 y 35, titulo 9, Partida 6, y ley única, título 31, libro 6 del Código, y las 4 y 5, título 2, libro 36 del Digesto.

En las obligaciones condicionales sucede lo contrario, porque el que contrae, contrae para sí y para sus herederos, *eamque ipsam spem in hæredem transmittimus*, párrafo 4, título 16, libro 3, Instituciones, y ley 14, título 11, Partida 5: en las últimas voluntades el testador se determina por el cariño ó consideraciones personales del heredero ó legatario.

Artículos 1039 y 1040 Franceses; 825 y 830 Sardos, y lo mismo en todos los Códigos: vé el artículo 620, párrafo último.

ARTICULO 724.

Ademas de quedar sin objeto el legado en los casos expresados en el capítulo VIII de este título, lo queda tambien cuando la cosa perece totalmente en vida del testador, ó despues si el legado es de cosa específica.

Entiéndese haber perecido la cosa legada, no solo cuando ha desaparecido ó quedado fuera del comercio humano, sino cuando el testador hizo de ella una nueva especie, de modo que no pueda reducirse á su anterior estado.

Lana legata, vestem, quæ ex ea facta sit, deberi non placet. Sed, et materia legata, navis, armariumve ex ea factum, non vindicetur. Nave autem legata dissoluta, neque materia, neque navis debetur. Massa autem legata, scyphi ex ea facti exigi possunt. Ley 88, libro 32 del Digesto, y lo mismo en la 42, título 9, Partida 6.

Aunque nosotros no hayamos adoptado rigorosamente en el artículo 424 la doctrina Romana sobre la especificacion, ha parecido conveniente seguirla en la materia de legados como conforme á la voluntad del testador.

El artículo 827 Sardo dice: «Si el testador ha trasformado la cosa legada en otra, de modo que haya perdido su forma anterior y su primera denominacion.»

Perece totalmente: Téngase presente lo expuesto en el artículo 699, sobre las palabras *en el estado que tenga*. Si el legado se componia de dos cosas, una principal y otra accesoria, la pérdida de aquella hacia ineficaz el legado en cuanto á esta, párrafo 17, título 20, libro 2, Instituciones, y ley 42, título 9, Partida 6.

Pero en esto debe atenderse mucho á las circunstancias particulares de cada caso, y resolverlo por la sencillez y equidad que no abundaban en Derecho Romano, cuando el legado de un tiro de cuatro ca-

ballos quedaba sin efecto por la muerte de uno solo de ellos, si el testador no le habia reemplazado por otro, ley 65, párrafo 1, libro 31 del Digesto.

ARTICULO 725.

Finalmente, quedan ineficaces las disposiciones testamentarias por incapacidad ó indignidad en los casos expresados en el capítulo IV de este título.

En este caso entrarán los sustitutos, ó los herederos *ab intestato*, ó habrá lugar al derecho de acrecer segun la diversidad de casos.

CAPITULO XI.

De los albaceas ó testamentarios.

ARTICULO 726.

El testador puede nombrar uno ó mas albaceas.

Concuerda con las leyes 1 y 3, título 10, Partida 6, artículo 1025 Frances, 889 Sardo; y es general en todos los Códigos.

ARTICULO 727.

No puede ser albacea el que no puede obligarse.

La muger casada puede serlo con la licencia de su marido.

Conforme con los 1028 y 1029 Franceses, 890 y 891 Sardos, 983 y 984 Napolitanos, 1656 y 1657 de la Luisiana.

El 1053 Holandes excluye absolutamente á las mugeres casadas.

Segun la ordenanza Prusiana de 19 de mayo de 1804 no pueden serlo las mugeres, casadas ni solteras. La ley 8, título 5, libro 3 del Fuero Real, disponia lo mismo; pero no estaba en observancia.

El albaceazgo viene à ser un mandato, y el que lo acepta contrae obligaciones, como la rendicion de cuentas, la indemnizacion de los daños y perjuicios causados por su malicia ó negligencia.

Como esta especie de mandato es tan séria y solemne en sí misma, y como su ejercicio no comienza sino despues de la muerte del mandante, nos desviamos de lo dispuesto en el artículo 1608 y exigímos la prévia licencia del marido; asi quedará obligada la muger, y mas asegurado el cumplimiento de las últimas voluntades.

ARTICULO 728.

Las facultades de los albaceas serán las que designe el testador con arreglo á las leyes.

Existiendo herederos forzosos no podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; pero si ordenar que, para apoderarse los herederos de ellos, sea necesaria la intervencion ó citacion en forma de los albaceas.

A falta de herederos forzosos podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; mas, para egecutarlo, será siempre necesaria la intervencion ó citacion en forma de los herederos.

Serán las que designe. Leyes 1, y 3, título 10, Partida 6.

Con arreglo á las leyes. «Magüer el testador defendiere señaladamente que ninguna ley, ni ningun derecho non pudiesse contrastar, nin embargar la manda, con todo esso, si la fiziese contra derecho, ó como non deviere, en alguna manera, non valdrá,» ley 32, título 9, Partida 6. *Nemo potest in testamento suo cavere ne leges in testamento suo locum habeant*, ley 55, libro 31 del Digesto.

Existiendo herederos forzosos. La legítima es sagrada é independiente de la voluntad del testador; recibirla de mano de un extraño, seria degradarla.

Pero como en algun caso podrá el testador tener justos temores, se le permite el único medio posible y decoroso para tranquilizarse.

El artículo 900 no pugna con lo que aqui se dispone: la simple facultad de hacer la particion cometida á un tercero, no impedirá que los herederos forzosos se apoderen entretanto de los bienes.

A falta, etc. El testador es completamente libre en este caso, pero no puede mandar ó prohibir lo que convide á delinquir; y convidaria á esto la absoluta exclusion del heredero, á quien, segun el artículo 737, deben dar cuenta los albaceas.

Citacion en forma: segun se establezca para este efecto en el Código de *procedimientos civiles*.

ARTICULO 729.

No habiendo el testador designado especialmente las facultades de los albaceas, serán las siguientes:

1.ª *Disponer y pagar los sufragios y funeral del testador con arreglo á lo ordenado por este, y en su defecto segun la costumbre del pueblo.*

2.ª *Pagar los legados que consistan en sumas de dinero, haciéndolo saber al heredero y no contradiciéndolo este.*

3.ª *Vigilar sobre la ejecucion de todo lo demas ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio ó fuera de él.*

Poco ó casi, nada es lo que se encuentra en Derecho Romano sobre albaceas ó ejecutores testamentarios: el cumplimiento de las últimas voluntades corria á cargo del heredero, que, aun entre nosotros, es *ejecutor legítimo.*

Sin embargo, en la Novela 18 del Emperador Leon, en la ley 28, párrafo 1, título 2, libro 1 del Código, en la 7, título 3, libro 33 del Digesto y en alguna otra, se encuentran pruebas de que no les era desconocido este encargo, al menos para cosas especiales.

El Fuero Real, título 5, libro 3, la Partida 6, título 10 y casi todos los Fueros provinciales, tratan expresamente de albaceas testamentarios ó cabezaleros, cuyo uso tal vez se habia generalizado por el Derecho Canónico.

A pesar de todo, la legislacion se encuentra obscura y diminuta en este punto de uso tan general como el mismo testamento, pues no hay uno sin nombramiento de albaceas.

¿Cuáles son por punto general las facultades de los albaceas en el estado actual de nuestra legislacion?

Yo dificulto que pueda nadie dar una respuesta clara y precisa. La ley 2, título 10, Partida 6, dice: que «han poderio de entregar é de dar las mandas en la manera que los fazedores de los testamentos lo ordenaren. E pueden procurar é demandar las cosas de que fueren fechas.»

Despues de esta disposicion general viene la ley 4, que parece limitarla á solos cuatro casos; el primero cuando la manda es para obras de piedad ó misericordia: en todos los otros el legatario solo puede demandar al heredero.

Hasta los Códigos modernos aparecen diminutos y confusos: el Sardo, que en su capítulo 8, título 2, libro 3, se extiende mas que los otros, ha adelantado poco en claridad, y tal vez no podamos lisonjearnos de haberla conseguido.

Disponer. Asi está recibido en la práctica, y parece razonable, porque es lo que mas de cerca atañe é interesa al testador.

Pagar los legados. Asi lo disponia en todos la citada ley 2, título 10, Partida 6: los Códigos modernos se ciñen á los legados de dinero.

El de la Luisiana, artículo 1661, dice: «Pagar las deudas, y los legados de sumas de dinero.»

El Frances seguido por otros viene á decir lo mismo respecto de los legados en el artículo 1031. «A falta de dinero suficiente para pagar

los legados;» y se repite en el 901 Sardo, aunque el anterior 900 habla *en general* de legados.

En los de cosas determinadas, como que su dominio pasa al legatario desde que muere el testador, no es necesaria la intervencion inmediata del albacea.

Haciendolo saber. Se ha tomado esto del artículo 900 Sardo: supongamos que el heredero puede oponer la compensacion; ¿cómo privarle de este beneficio?

De todos modos, si el heredero hace ver al albacea que ha pagado, cesa el encargo de este respecto á los legados.

Vigilar. Esta es obligacion general y esencial de todo albacea: puede, pues, y debe intervenir para remover todas las dificultades que contra la ejecucion susciten los mismos herederos, o un extraño.

ARTICULO 750.

En el caso del artículo anterior, si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontasen de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles, y, no alcanzando estos, la de los inmuebles con intervencion de los herederos.

Si alguno de los herederos tuviere tutor ó curador, se hallare ausente, o fuere corporacion ó establecimiento público, la venta de los inmuebles se hará con las solemnidades que prescriben las leyes para tales casos.

La primera parte de este artículo se halla en el 1031 Frances, en el 901 Sardo y en casi todos los Códigos modernos; es una medida de necesidad, y se guarda el mismo órden que en otros casos análogos.

La segunda parte es del artículo 902 Sardo, que en rigor podria suprimirse aqui, por ser una disposicion general para todos los casos de enagenacion de inmuebles de las tales personas ó establecimientos.

ARTICULO 751.

Los albaceas no podrán, so pretesto de pago de legados y funerales, proceder al inventario de los bienes del difunto contra la voluntad de los herederos.

Los artículos 1031 Frances, 896 Sardo, y casi todos los Códigos modernos, imponen á los albaceas, sin distincion de casos, la obligagacion de hacer inventario, y, en ocasiones, la de hacer poner los sellos.

Esto último no ha sido adoptado en el Código para ningun caso; y,

sin embargo, como que es medida de precaucion, podrá pedirse al Juez, y acordarse por este, cuando se estime conveniente.

Lo del inventario, como disposicion general y sin haberlo ordenado el testador (pues en esta hipótesis hablan ya los artículos) parece siempre gravoso por los gastos, y mas de una vez odioso por la publicidad que se da á la fortuna privada, ó al estado económico de la familia. En todos los testamentos se hace nombramiento de albaceas; habria pues tantos inventarios como testamentos.

Asi es que en la práctica los albaceas universales eran los solos obligados á hacer inventario.

ARTICULO 732.

Se procederá á la formacion de inventario siempre que el testador lo hubiere ordenado, ó los herederos lo consintieren.

Si alguno de los herederos no tuviere la libre administracion de sus bienes, ó fuere alguna corporacion ó establecimiento público, deberán los albaceas ponerlo inmediatamente en conocimiento del padre, tutor, curador ó administrador, y hallándose estos fuera del domicilio del difunto, darán principio á la formacion del inventario.

Si el heredero, libre en la administracion de sus bienes, se hallare ausente, bastará darle noticia.

Hallándose presente el interesado, bien lo sea en nombre propio ó en representacion agena, bastará darle noticia: hallándose ausente, será de cargo de los albaceas proveer entretanto á la custodia y buena administracion de los bienes. De todos modos, aunque se dice que los albaceas darán principio á la formacion, será con sujecion á la referencia del artículo 734, y á lo demas que sobre esto se disponga en el Código de procedimientos civiles, por ejemplo, el número y forma de las citaciones.

ARTICULO 733.

Deberán tambien los albaceas recibir inventario, siempre que el testador les hubiere encargado la inversion ó distribucion de toda ó parte de la herencia en alguna fundacion ú objetos piadosos, ó de pública utilidad, permitidos por las leyes.

En este caso la enagenacion de los bienes, siendo necesaria, se hará en subasta pública y judicial.

Sin el inventario seria imposible en estos casos la dacion de cuentas, de la que nunca pueden eximirse los albaceas.

Permitido por las leyes: vé los artículos 33, 559, párrafo 2, 607, número 4, y 609, párrafo 2.

Se hará en subasta: para evitar colusiones de parte de los albaceas,

que la voluntad del testador sea cumplida con mayor plenitud, y porque la fundacion ú objetos de que se trata, son reputados menores y tienen interes en que la enagenacion se haga en subasta pública y judicial.

«Tal vendida como esta debe ser fecha en almoneda, porque non se pueda y fazer ningund engaño.» Ley 62, título 18, Partida 5.

El artículo 902 Sardo hace una distincion que no se ha tenido por conveniente adoptar.

Deben tambien los albaceas hacer inventario en el caso del artículo 865.

ARTICULO 734.

En todos los casos de los artículos anteriores se observará en la formacion del inventario lo dispuesto en la seccion V, capítulo I, título III de este libro.

Los motivos son los mismos, y asi lo dispone el artículo 898 Sardo.

ARTICULO 735.

El albacea debe cumplir su encargo en el término señalado por el testador, con tal que no exceda de un año: si el testador no lo señaló, tendrá el término de un año á contar desde la muerte de aquel.

«Fasta aquel tiempo que el finado mandó en su testamento, E si el non señalare dia nin tiempo:: á lo mas tarde, fasta un año.»

Segun los artículos 1026 y 1031 Franceses nunca puede pasar de un año; y ha parecido prudente adoptar su limitacion, porque basta aquel término, y esto servirá de estímulo á los albaceas para ejecutar la última voluntad del difunto.

ARTICULO 736.

Cuando son dos ó mas los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, valdrá lo que haga el menor número, aunque sea uno solo.

«Si todos non pueden y ser, ó no quieren, lo que fizieren los dos, ó el uno, deve valer magüer los otros non se acierten y,» ley 6, título 10, Partida 6; artículos 1036 Frances y 906 Sardo: la incuria ó imposibilidad de unos no debe impedir el cumplimiento de la voluntad del testador, mientras haya un albacea hábil y activo.

ARTICULO 737.

Los albaceas deben dar cuenta de su encargo á los herederos.

Si fueren universales para la inversion ó distribucion de todos los bienes en los casos permitidos por derecho, las darán al juez.

Toda disposicion del testador contraria á este artículo será nula.

En el primer caso los herederos son los únicos ó principales interesados: en el segundo, lo es el público. La ley 5, título 10, Partida 6, aun en el caso en que declara al obispo ejecutor legítimo de las mandas para redencion de cautivos, le sujeta á dar cuentas por sí ó por otro al juez ordinario. El artículo 1031 Frances dice generalmente que deberán dar cuenta de su gestion.

Todo mandatario ó administrador tiene obligacion de dar cuentas, y nunca puede dispensarse la de las futuras, porque seria invitar ó dar ocasion á pecar; y por lo mismo será nula tambien la dispensa de hacer inventario.

En el artículo 1065 Holandes se hace espresion de las dos cosas: «Toda disposicion por la que el testador haya ordenado que el ejecutor testamentario quede dispensado de hacer inventario, ó dar cuentas, es nula de pleno derecho.»

ARTICULO 738.

El albacea no puede delegar sin expresa autorizacion del testador, y su encargo espira por la muerte, imposibilidad, justa causa ó remocion despues de aceptado, y por el lapso del término señalado por el testador, ó por la ley.

Los artículos 1032 Frances y 905 Sardo, copiados en otros Códigos, se ciñen á decir: «Los poderes ó atribuciones del ejecutor testamentario no pasan á sus herederos.»

El 1069 Holandes dice que pueden ser destituidos por las mismas causas que los tutores.

Este artículo y el siguiente son consecuencias naturales de la índole del albaceazgo, que es un verdadero mandato, ó encargo de confianza, que hace el testador.

El artículo 557 Prusiano lo espresa, aunque sin necesidad; «La institucion del ejecutor testamentario participa de la naturaleza del mandato»: y el 816 Austriaco llama al ejecutor «mandatario.»

No es delegable, porque es un encargo de pura confianza, y el testador se decide á hacerlo por las circunstancias personalísimas del nombrado: *certi hominis fidem elegit*, se dice del mandato en la ley 57, título 1, libro 17 del Digesto.

Creo no obstante que podrá desempeñar por otro y bajo su responsabilidad algunos actos de su encargo, cuando no pueda hacerlo por sí mismo, pues que esto cede en beneficio de la ejecucion, y no repugna á la voluntad del difunto, como la delegacion integra de su encargo ó facultades.

Rogron, en su comentario al artículo 1032 Frances, cita un fallo del tribunal de Casacion que parece favorable á la delegacion integra; y por el contrario, Febrero, capítulo 5, párrafo 15, número 198, refiriéndose á una disposicion canónica, afirma que la espresa autorizacion del testador bastará en todos casos para delegar.

En suma: el artículo prohibe la delegacion integra y absoluta, no la parcial, aunque en el mandato, segun el artículo 1612, está permitida la primera; pero allí se trata de un mandante vivo, que puede impedir la delegacion y revocar los poderes; aquí se trata de un mandato, cuya gestion no comienza sino despues de la muerte del mandante.

ARTICULO 739.

El cargo de albacea es gratuito y voluntario; pero, una vez aceptado, pasa á ser obligatorio, si no sobreviniere escusa admisible al prudente arbitrio del juez.

Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, nisi justa causa intercesserit:: mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadit, párrafos 11 y 13, título 27, libro 3, Instituciones.

Segun los artículos 1676, y siguientes del Código de la Luisiana, los albaceas tienen un tanto de comision, cuando el testador no les hizo algun legado ú otra ventaja por esta razon.

El 1068 Holandes lo declara gratuito, y se contradice, pues autoriza á los albaceas para reclamar honorarios, si no se les dejó algun legado remuneratorio.

Febrero, capítulo 5, párrafo 15, número 206, trata esta cuestion tan debatida y resuelta en opuestos sentidos por nuestros autores. Su opinion es que el encargo debe ser gratuito, aunque el albacea sea oficial que viva de su trabajo, y aunque la comision haya de durar mucho tiempo con cargo de administracion: en seguida pone algunas escepciones: en la letra y espíritu de nuestro artículo no cabe otra que la voluntad espresa del testador, cuando señaló honorario, ó remuneracion cierta ó incierta, pues que esto mismo tiene lugar en el mandato sin degenerar por eso de su naturaleza.

ARTICULO 740.

Si el testador legó ó señaló conjuntamente á los albaceas alguna retribucion, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo admitan.

Véase el artículo 618.

El que no corresponde á la confianza del testador se hace indigno de su liberalidad. El legatario no puede admitir el legado sin sus cargas y obligaciones; y aqui hay, por lo menos tácitamente, la de admitir el encargo.

El albacea negligente ó malicioso no debe ser de mejor condicion que el que tiene la franqueza de no aceptar: asi estaba dispuesto en la ley 8, título 10, Partida 6, respecto de los testamentarios ó albaceas: la Novela 1, capítulo 1, párrafo 1, y *vers his omnibus*, establecia lo mismo contra todos los (herederos fideicomisarios ó legatarios) que amonestados por el juez no cumplian dentro de un año lo dispuesto por el testador; es digno de leerse el final de dicho capítulo 1, donde se escusa la dureza aparente de esta ley.

El artículo es una consecuencia de lo dispuesto sobre el derecho de acrecer en la Seccion segunda, capítulo 1, título 5 de este libro.

ARTICULO 741.

Los gastos hechos por los albaceas para el desempeño de su cargo les serán abonados de la masa de la herencia.

Artículo 1034 Frances, y 907 Sardo, comunes á todos los Códigos, como consecuencia natural y forzosa del mandato; y podrán tambien pedir que, durante el encargo, se les suministre lo necesario para su desempeño, pues el mandatario no está obligado á anticipar los gastos de lo suyo, ley 12, párrafo 17, título 1, libro 17 del Digesto: vé los artículos 1618 y 1619.

TITULO II. (1)

DE LAS HERENCIAS SIN TESTAMENTO.

Se ha adoptado este epígrafe ó denominacion, que es el del título 13, Partida 6, prefiriéndolo al de *sucesiones intestadas ó legítimas*.

La palabra sucesion es muy vaga, y tanto que en el Diccionario de

(1) Véase el apéndice número 10.

la lengua no tiene el sentido ó significacion de *herencia*; ni lo tiene en ninguno de nuestros Códigos: el título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, en la version castellana, dice: «De los herederos»: el Fuero Real, libro 3, título 6, lo siguiente «De las herencias» y la misma palabra se usa en el título 2, libro 10 de la Novísima Recopilacion.

La calificacion *intestada, ab intestato*, no cuadra bien á las cosas, y sí á las personas: la de *legítima* puede aplicarse tambien á la testamentaría, pues como se dice en la ley 13, título 16 del Digesto, *lege obvenire hereditatem non impropie quis dixerit et eam quæ ex testamento defertur quia lege:: testamentariæ hereditates confirmantur.*

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 742.

A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia en los términos que mas adelante se espresarán á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda y al Estado.

La disposicion de la ley solo tiene lugar cuando falta la del hombre. Los bienes no pueden quedar en la incertidumbre ó abandono; la ley los defiere á los que se presume por el órden regular de los afectos humanos que los habria deferido el difunto, si hubiera podido espresar su voluntad: cuando no cabe esta presuncion por la lejanía de parentesco, se defieren al Estado, que es el representante de todos y el dueño de todas las cosas que no lo tienen.

Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur, ley 39, título 2, libro 29 del Digesto: lo mismo se lee en el proemio del título 13, Partida 6.

En la primera parte del artículo están conformes todos los Códigos modernos; sin embargo, el de Austria, artículo 533, admite la sucesion á virtud de un pacto matrimonial; el de Baviera, artículo 33, libro 3, capítulo 4, admite el mismo pacto á favor del cónyuge sobreviviente; y en nuestras provincias de Fueros se arreglaban comunmente las sucesiones por capitulaciones matrimoniales que participaban de la naturaleza de contratos y de últimas voluntades.

ARTICULO 743.

Lo dispuesto en el artículo anterior tiene lugar:

1.º *Cuando uno muere sin testamento ó con testamento nulo, ó*

con testamento que perdió despues su fuerza, aunque al principio fuere válido.

2.° *Cuando el testamento no contiene institucion de heredero en todo ó en alguna parte de los bienes.*

3.° *Cuando falta la condicion puesta á la institucion de heredero, ó este muere antes que el testador, ó repudia la herencia sin tener sustituto, y sin que haya lugar al derecho de acrecer con arreglo á lo dispuesto en la seccion 2, capítulo 1 del título siguiente.*

4.° *Cuando el heredero instituido es incapaz ó indigno de heredar.*

La ley 1, título 13, Partida 6, conforme con el Derecho Romano, pone cuatro casos de intestado, que vienen á estar comprendidos en nuestro número 1, y en la renuncia del número 3; pero los de sobrevivir el testador al heredero y faltar la condicion, bajo la que fué este instituido, son tambien corrientes en uno y otro Derecho: vé el artículo 723.

La falta de institucion de herederos no solo abria la sucesion ab intestato segun el Derecho Romano y Patrio de las Partidas, sino que anulaba absolutamente el testamento, aun en cuanto á las mandas; por las leyes recopiladas 1, título 18, y 8, título 6, libro 10, subsisten estas y las mejoras; pero se hereda *ab intestato*, y lo mismo sucede en el caso segundo del número 2; por manera que en todos ellos se conserva la legislacion actual.

Sobre el caso del número 4 habia variedad en el Derecho Romano, como puede verse en todo el título 9, libro 34 del Digesto, aunque por punto general lo dejado al indigno se aplicaba al Fisco, y en algun caso lo dejado al incapaz: lo mismo se dispone en las leyes 13 y siguientes, título 7, Partida 6, y en la recopilada 11, título 20, libro 10.

Pero como la confiscacion vaya justamente desapareciendo de todos los paises ilustrados, como ha desaparecido entre nosotros por la Constitucion, parece necesario que el incapaz é indigno se tengan por no instituidos y sucedan los herederos legítimos en falta de sustitutos, y cuando no haya lugar al derecho de acrecer.

Este artículo tiene relacion con el 623 que habla de *herencias* por testamento: aqui y en el 743 se establece que la capacidad ó indignidad del heredero testamentario abren la sucesion *ab intestato*.

Pero como aquellos vicios pueden tener lugar en ambas sucesiones ó herencias, se da entrada en el 623 al derecho de representacion (cuando por las leyes debe tenerlo) para no perjudicar á los hijos inocentes: en el caso de este artículo hay las mismas razones de equidad que en el del 623, pero con los diferentes efectos que noto al fin de este comentario.

Combinados así los dos artículos presentan mayor claridad, sencillez y fijeza que todos los otros Códigos.

He notado ya la variedad y dureza del Derecho Romano y del nuestro en esta materia.

El Código Bávaro, artículo 2, capítulo 1, libro 3, aplica al Fisco todas las herencias deferidas á los indignos, y lo mismo se infiere del Austriaco en su artículo 541.

Los otros Códigos no espresan qué deba hacerse de la herencia deferida al indigno, y solo hablan del caso en que tenga hijos.

El Código Frances en su artículo 730 se espresa así: «Los hijos del indigno que vienen á la herencia por su propio derecho (de leur chef) y sin el auxilio de la representacion, no son escluidos por la falta de su padre; pero este no puede en caso alguno reclamar sobre los bienes de esta herencia el usufructo que la ley concede á los padres y á las madres en los bienes de sus hijos.»

Sobre el artículo Frances no encuentro otro motivo ni observacion que la siguiente del tribuno Simeon, en el discurso 54. «Las faltas son personales. La indignidad del padre no dañará á sus hijos si pueden heredar por su propio derecho y sin representar en la herencia su odiosa cabeza ó persona.»

Segun este artículo Frances, los hijos del indigno, viviendo este, solo heredan á los abuelos á falta de otros descendientes, porque habiéndolos necesitarian los primeros del auxilio de la representacion que se les deniega.

En la obra titulada «Concordancia entre los Códigos civiles extranjeros y el de Napoleon» se dice, que el artículo 730 ha sido copiado en el 653 Napolitano, en el 967 del de la Luisiana, en el 516 del de Vaud, en el 887 del Holandes, y en el 922 del Sardo.

Yo encuentro inoportuna, ó por lo menos manca la cita y concordancia del 122 Sardo que, tratando de las sucesiones ab intestato, dice: «Los incapaces ó indignos de recibir por testamento por las causas espresadas en el capítulo *de la incapacidad de disponer y recibir por testamento* serán tambien incapaces é indignos de suceder ab-intestato.»

«Los hijos y descendientes del indigno por las causas dichas no son escluidos por la culpa de su padre, aunque viva, cuando vengan á la herencia por razon propia; pero, si no pudiesen heredar sino por representacion, tendrán derecho á la sola porcion legítima que habria correspondido al indigno;» y en esto y en privar del usufructo al padre, se refiere á los artículos 711 y 741 que disponen lo mismo en las herencias por testamento.

Los 516 y 586 de Vaud están conformes con los tres artículos Sardos:

de consiguiente la cita y concordancia adolecen de la misma inexáctitud respecto de ellos.

En resúmen, el Código Frances niega á los hijos del incapaz ó indigno el derecho de representacion, y esto se aviene mal con el pasage del citado discurso 34.

Pero no estoy conforme con el artículo 122 Sardo, en cuanto solo concede á los hijos y descendientes del indigno en las herencias sin testamento la porcion legítima que habria correspondido al mismo, entendiéndose esto de la legítima rigorosa.

En el caso de nuestro artículo 623, que es el mismo del 741 Sardo, hay una voluntad espresa del testador contra el desheredado, hay heredero ó herederos testamentarios: de consiguiente, no puede heredarse ab-intestato, y harto se favorece á los hijos del desheredado con darles el derecho que se da en el artículo 645 al heredero forzoso á quien por cualquier título se deja menos de la legítima.

En el caso de sucesion intestada no hay nada de esto; y la ley, que escluye al indigno ó incapaz, no llena enteramente su equitativo objeto si no concede á los hijos ó descendientes el derecho de representacion con arreglo á los artículos 733 y 763.

ARTICULO 744.

En las herencias no se atiende al tronco ó línea de que proceden los bienes del difunto ni á la distinta naturaleza de estos.

Conforme con el 732 Frances, 655 Napolitano, 519 de Vaud, 896 Holandes y 881 de la Luisiana.

El 946 Sardo dice: «La ley arregla la sucesion por la proximidad de parentesco, sin miramiento á la prerogativa de la línea ni al orígen de los bienes, sino en la manera y casos especialmente previstos.»

El Bávaro, capítulo 12, libro 3, número 5, al tratar de los ascendientes: «No se atiende al orígen de los bienes que componen la herencia.»

En gracia de la brevedad reproduzco lo que en el apéndice, número 10, digo sobre este punto por lo tocante al Derecho Romano y Patrio, esponiendo los motivos para rechazar la troncalidad que son los mismos de este artículo: vé tambien el 769.

ARTICULO 745.

Lo dispuesto en el capítulo 4 del título anterior sobre incapacidad é indignidad para recibir por testamento, obra respectivamente en las herencias intestadas.

Esceptúanse de esta regla los comprendidos en los artículos 612 y 613.

Vé lo espuesto al número 4 del artículo 743 y en el 623.

Exceptúanse, etc.: Podian muy bien haberse omitido estas dos escepciones, pues de los artículos citados aparece que la prohibicion contenida en ellos solo puede tener aplicacion á los testamentos.

SECCION PRIMERA.

DE LAS LINEAS Y GRADOS DE PARENTESCO.

ARTICULO 746.

Las herencias sin testamento se rigen por líneas, grados y representacion.

El parentesco se mide por líneas, y estas por grados.

ARTICULO 747.

La línea es recta ú oblicua.

Se llama recta la série de personas que descienden unas de otras.

Oblícua, la de las personas que sin descender unas de otras vienen de un mismo tronco.

ARTICULO 748.

La distancia de los parientes entre sí se mide por grados.

El Código Frances trata sobre el contenido de estos artículos en los suyos 735 al 738, adoptados, como no podia menos de serlo, en los 656 al 658 Napolitanos, 886 al 888 de la Luisiana, 520 al 525 de Vaud, 546 al 549 Holandeses, 917 al 921 Sardos.

La ley 2, título 13, Partida 6, dice: «Tres grados ó líneas son de parentesco,» confundiendo grados y líneas.

La 2, título 6, Partida 4, con su árbol genealógico esplica mas esta materia y define la línea en sustancia como la definió Heinecio *una série de personas que descienden de un comun tronco*. La espresion «como cadena» que usa dicha ley es muy propia é ingeniosa; la línea es la *cadena*; los grados son los *eslabones*.

Se dirá que esto huele á escuela ó instituciones; el Código Frances huele mil veces mas, y peca de difuso y confuso al mismo tiempo.

Gradus dicti sunt á similitudine scalarum locorumve proclivium quos ita ingredimur ut á próximo in proximum, id est, in eum qui cuasi ex eo nascitur transeamus, ley 10, párrafo 10, título 10, libro 38 del Digesto.

No puede darse cosa mas difusa y pesada que la mencionada ley 10 Romana, pues ella sola ocupa cinco veces mas espacio que las nueve que le preceden y forman juntas el título 10.

En ella se enumeran una por una todas las personas que componen cada uno de los siete grados de parentesco á que se limita: el título 1, libro 4 del Fuero Juzgo, la ha copiado en las siete leyes de que consta, y dá la razon siguiente de limitarse al grado séptimo; *quia ulterius per rerum naturam, nec nomina inveniri, nec vita succedentibus propagari potest*; razon que no se encuentra en la ley Romana.

ARTICULO 749.

En todas las líneas hay tantos grados cuantas son las personas, descontada la del tronco.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco; asi el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo, tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco comun, y despues se baja hasta la persona con quien se quiere hacer la computacion.

El hermano dista dos grados del hermano; tres del tio, hermano de su padre ó madre; cuatro del primo hermano, y asi en adelante.

El Código Frances emplea en esto los artículos 737 y 738: en el primero habla de la línea *recta*; en el segundo de la *oblícua*: en ambos pone ejemplos y cuenta por generaciones. Yo no encuentro diferencia real sobre esto en una y otra línea, para hablar separadamente de las dos: la prolijidad produce las mas veces confusion.

Heinecio es mas sencillo; establece una misma regla de computacion civil para ambas lineas; pero usa de la palabra «generaciones.» Esto es conforme al Derecho Romano, libro 38, título 10 de *gradibus*, ley 10, párrafo 9, aunque no se usa de la palabra material *generationes*; en el párrafo 7, título 6, libro 3, Instituciones, se dice, *semper generata persona gradum adjicit*.

Y en efecto, la palabra «generacion» no da una idea tan clara y precisa como la palabra «persona.» Tratándose, por ejemplo, de padre é hijo, nadie puede engañarse por nuestro articulo, pues que no verá sino dos personas, y, quitada una, queda un grado: por la palabra «generacion» podria engañarse, porque al fin el padre mismo no representa otra generacion?

Voet, libro 23, titulo 2, número 29, hace sinónimas las dos palabras; *tot nempe gradus esse quot sunt generationes, seu quot sunt personæ, dempto stipite*.

En el articulo se ha seguido á la ley 2, titulo 6, Partida 4. «Cuantas son las personas, quitada una, tantos son los grados entre ellas;»

pero se ha dejado la distincion puramente nominal que hace entre la linea recta y la colateral, igual y desigual.

El Fuero Juzgo, libro 4, título 1 de *gradibus*, ni define el grado, ni habla de su computacion por personas ó generaciones; pero coloca hasta el séptimo grado las personas contenidas en cada uno, como lo habia hecho la ley 10, título 10, libro 38 del Digesto, y de consiguiente admite la computacion Romana.

ARTICULO 750.

La computacion de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, escepto las que tengan relacion con los impedimentos del matrimonio.

Conviene el lenguaje absoluto y decisivo del artículo para evitar toda duda ó cuestion, como la habia antes en el retracto: *se enuncia una verdad y lo que abunda no daña.*

Por Derecho Romano se reconoce únicamente la computacion civil en ambas materias, pues que la de impedimentos para el matrimonio se regia, como la de herencia, por las leyes civiles; libro 1, título 10, Instituciones.

Lo mismo se observa en el Fuero Juzgo: los príncipes establecian y dispensaban los impedimentos para el matrimonio: la computacion civil regia esclusivamente en ambas materias; hasta el sesto grado en las matrimoniales; hasta el séptimo inclusive en las herencias: leyes 2, título 1, 1, título 2, 1, título 5, libro 5 y todas las siete leyes del título 1, libro 4.

En el siglo XIII, época del Fuero Real, el sacramento habia absorvido enteramente al contrato: los impedimentos y juicios sobre el matrimonio habian pasado á la autoridad eclesiástica, como se ve en la ley 7, título 1, libro 3, de consiguiente se observaba en ellos la computacion canónica, hija tal vez de un error en la línea oblicua, y á no dudar funesta por su escesiva latitud.

En las Partidas (obra tambien del autor del Fuero Real) se halla consignada mas estensamente la misma doctrina en todos los diez primeros títulos de la Partida 4; en la ley 2, del título 6, se esplican las diferencias de la computacion civil y canónica sobre la línea colateral; y en la tres se añade: «E la razon porque cuenta el Fuero seglar los grados de parentesco de una guisa é de otro la Eglesia, es esta: porque el Fuero seglar cuenta tan solamente en que manera deven heredar los unos á los otros, cuando mueren é non fazen testamento. E la Eglesia cató en que manera deben casar.»

Civilmente, pues, se computaba el deceno grado de la ley 6, títu-

lo 3, Partida 6, reducido despues al cuarto segun las leyes recopiladas 2, título 18, y 6, título 22, libro 10; la ley de 16 de mayo de 1835 ordena tambien espresamente la computacion civil en esta materia.

La disposicion de este artículo es igual en todos los Códigos modernos que, como el nuestro, dejan subsistir el Derecho Canónico y la Autoridad de la Iglesia como única regla y juez de los impedimentos del matrimonio.

ARTICULO 751.

En las herencias el pariente mas próximo en grado escluye al mas remoto, salvo el derecho de representacion.

Los que se hallen en el mismo grado heredan por iguales partes, sin perjuicio de lo que se dispone sobre el doble vínculo.

Viciniores gradu reliquis præponantur; si plurimi ejusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur: Novela 118, capítulo 3, párrafo 1.

Qui gradu illis proximi fuerint omnem obtinebunt hæreditatem: Qui gradu alterum præcedit obtineat omnem hæreditatem; qui in uno propinquitatis gradu æquales sunt æqualiter partientur: leyes 4 y 10, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo.

«Herédenlo los mas propincos parientes que oviere:» ley 1, título 6, libro 3 del Fuero Real.

«El pariente que fuere fallado que es mas cercano del difunto, esse heredará todos sus bienes.»

La regla de derecho, que dice, «que el que es mas propinco de aquel que finó sin testamento deve aver los bienes del, ha logar cuando el finado non deja ningun pariente de los descendientes:» leyes 3 y 6, título 13, Partida 6.

Todos los Códigos modernos guardan conformidad con este artículo; pues aun los que, como el Frances, artículo 733, el de Vaud, artículo 538, el Holandes, artículo 897, y otros, ordenan que, recayendo la herencia en ascendientes ó colaterales, se divida en dos mitades, una para los parientes de la línea paterna y la otra para los de la materna, conservan las disposiciones de este artículo dentro de cada línea.

ARTICULO 752.

Repudiando el pariente mas próximo, si es solo, ó todos los parientes mas próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho, y sin que puedan representar al repudiante.

Consignase en este artículo el edicto *sucesorio* del que se trata en el

título 9, libro 38 del Digesto, y en el 16, libro 6 del Código, aunque antiguamente no se conoció, y la herencia (legítima) repudiada se aplicaba al Fisco.

La disposicion de este artículo, aunque habla tan solo del *grado siguiente*, se estiende tambien al órden ó línea; por ejemplo, repudiando los padres heredarán los abuelos porque los siguen en grado dentro de la línea recta ascendente; pero, si repudian todos los ascendientes, se pasará al órden ó línea colateral.

Por su propio derecho, etc. El repudiante no puede ser representado segun el artículo 752: es, pues, forzoso que el siguiente en grado venga por su propio derecho: ejemplo:

Pedro renuncia la herencia de su padre Juan, y no queda otro hijo ni descendiente de Juan que Pablo, hijo de Pedro.

Pablo heredará á su abuelo Juan por su propio derecho.

Pero supongamos que el difunto Juan dejó algun hijo ó hijos mas que Pedro ó nietos habidos de ellos: Pablo no heredará á su abuelo Juan, porque para heredarle necesitaria representar á su padre Pedro segun el artículo 765, y no puede representarse segun este artículo: será de consiguiente escluido por los otros hijos ó nietos del difunto Juan, pues que los nietos, cuyos padres hayan muerto, podrán representarlos segun el artículo 754: iguales ejemplos pueden ponerse en la línea colateral cuando en ella tenga lugar el derecho de representacion segun el mismo artículo.

SECCION II.

DE LA REPRESENTACION. (1).

ARTICULO 753.

La representacion da á un pariente vivo los derechos que tendria otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga.

Tal vez habria sido mejor dar una definicion de este derecho como lo hacen otros Códigos.

El artículo 739 Frances dice: «La representacion es una ficcion de la ley, cuyo efecto es hacer entrar á los representantes en el lugar, grado y derechos del representado;» lo copian el 660 Napolitano, 924 Sardo, 924 de Vaud, 888 Holandes y 890 de la Luisiana: los otros Códigos modernos no lo definen; pero admiten sus efectos, y lo mismo se observa en el Derecho Romano y Patrio.

(1) Véase lo que sobre el derecho de representacion espongo en el apéndice número 10.

Cierto es que la definicion nunca diria mas que la ley 3, título 13, Partida 6: «Fincan en lugar de su padre, é heredan todo lo que heredaria, si biviesse;» ó la Novela 118, capítulo 1. *In propii parentis locum succedant, tantam de hereditate morientis accipientes partem quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset.*

ARTICULO 754.

La representacion tiene siempre lugar en la línea recta de descendientes.

No tiene lugar en las de ascendientes.

En la colateral solo se admite á favor de los hijos y descendientes de los hermanos, bien sean de padre y madre ó de un solo lado.

La primera parte de este artículo es de jurisprudencia universal, y se encuentra en todos los Códigos, asi antiguos como modernos, por lo que escusa citas particulares. El amor y la ternura crecen á medida que descienden en la línea recta, y crecen mas cuando una muerte prematura ha roto el grado intermedio; el nieto ó vizniето huérfanos son mas queridos del abuelo ó visabuelo que se ve avanzado por ellos en la carrera de las generaciones: la compasion, el cariño y hasta la vanidad, conspiran á un mismo objeto. La ley que escluyera la representacion en la línea recta descendente, seria una ley impia y anti-natural. Hay tambien uniformidad en todos los Códigos respecto de la segunda parte; la sucesion de los ascendientes es contraria al curso ordinario de los sucesos, pues no puede tener lugar sino *turbato ordine mortalitatis*: parece verse en ella un rio que sube á buscar su origen.

Aun los Códigos que, segun lo espuesto en el artículo 751, dividen la herencia en dos mitades, conservan dentro de cada línea la segunda parte de este artículo: «La representacion no tiene lugar en favor de los ascendientes: el mas cercano en cada una de las dos líneas escluye al mas lejano,» dice el artículo 741 del Código Frances, seguido por todos los que han adoptado la misma division.

Si plurimi ascendentium vivunt, hos præponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur; Novela 118, capítulo 2: concuerdan las leyes 2 y 6, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, 1, título 6, libro 3 del Fuero Real, y 4, título 13, Partida 6.

En la colateral. Respecto de esta línea no hay la misma armonia y conformidad en todos los Códigos.

Justiniano en su Novela 118, capítulo 3, fué el autor de este beneficio á favor de los hijos de hermanos carnales, desconocido antes por los Romanos: la ley 5, título 13, Partida 6, le copió como de costumbre, á pesar de que ni el Fuero Juzgo, ni el Real admitian representacion en esta línea.

El artículo Frances 742 la admite en favor «des enfants et descendants des freres *ou sœurs*;» nosotros no tenemos, como tienen los Franceses, nombre especial para las hermanas: basta decir hermanos para comprenderlas: sin embargo, la ley 5, título 13, Partida 6, dice: «hermano ó hermana.»

Se ha seguido al Código Frances en cuanto á los descendientes de hermanos: porque respecto de ellos hay los mismos motivos de conveniencia y afecto que respecto de los hijos.

El Código Frances no exige que sean hijos de hermanos enteros ó carnales; nosotros tampoco debemos exigirlo, pues que no damos á los enteros el derecho de escluir absolutamente á los medios, y sí solo el de tomar doble porcion que estos.

Se vé, pues, que, en el único caso en que es admitida en la línea colateral, tiene la misma estension que en la recta de descendientes: por qué, pues, el Código Frances usa de la espresion «a l' infini» tan solo al hablar de la recta en el artículo 740, viniendo á disponer lo mismo en el 742 respecto de la colateral para el solo caso en que es favorecida con este derecho? «En linea colateral (dice) la representacion es admitida en favor de los hijos y *descendientes* de los hermanos ó hermanas del difunto.»

La representacion establecida en el artículo 742 del Código Frances á favor de los hijos y descendientes, ha sido adoptada en el 665 del Napolitano, en el 927 del Sardo, en el 527 del de Vaud, en el de la Luisiana, artículo 893, y en el 891 del Holandes; aunque este en el siguiente 892 estiende todavia mas la representacion en linea colateral. El Bávaro, capítulo 12, libro 3, número 6, de la sucesion de colaterales, conserva la disposicion del Derecho Romano, que era tambien la nuestra.

«La representacion (dice) no tiene lugar en la linea colateral, sino hasta los hijos de los hermanos y hermanas.»

(Asombra leer en las Concordancias, que este artículo es el 742 Frances, donde se dice: «hijos y descendientes.»)

El Código Prusiano, título 3, parte 2, artículos 36 al 39, estiende tambien la representacion á los hijos y descendientes de hermanos, por manera que todos los Códigos modernos, á escepcion del Bávaro, son contrarios al Derecho Romano y Patrio.

ARTICULO 733.

Siempre que se herede por representacion, el representante ó representantes no heredarán mas de lo que heredaria su representado, si viviera.

En el caso de ser varios los representantes de una persona, dividirán entre sí con igualdad la porcion correspondiente á su representado.

Es una consecuencia, por no decir una repeticion, de lo dispuesto en el 755, y corriente en todos los Códigos antiguos y modernos.

ARTICULO 756.

Quedando hijos y descendientes de dos ó mas hermanos del difunto, heredarán á este por representacion, ya estén solos y en igualdad de circunstancias, ya concurran con sus tios.

Conforme con el artículo 743 Frances, 929 Sardo, 895 de la Luisiana, 893 Holandes, y 528 de Vaud.

El 664 Napolitano dice, que si los descendientes de los hermanos ó hermanas se encuentran en grados iguales suceden *in capita* sin representacion: los artículos Bávaro y Prusiano citados en el anterior conservan la sucesion *in stirpes*, pero limitándola, como limitan la representacion, á los hijos de hermanos.

Por Derecho Romano era muy dudoso si los hijos de hermanos en en el caso de estar solos, ó no concurrir con sus tios hermanos del difunto, habian de heredar *in capita* ó *in stirpes*, por cabezas ó por ramas: uso de la palabra *stirpe* por estar recibida en las universidades y el Foro, aunque no se encuentra en el Diccionario de la lengua.

Nuestra legislacion Patria habia cortado la cuestion del Derecho Romano, decidiendo que en el caso propuesto los hijos de hermanos debian heredar por cabezas ó personas. Leyes 8, título 2, y 4, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, 13, título 6 del Fuero Real, y 5, título 13, Partida 6; se vé, pues, que nuestro artículo deroga la legislacion Patria.

No puede negarse que á favor de nuestra legislacion existian argumentos poderosos: los hijos, en el caso de no concurrir con sus tios, no necesitaban del derecho de representacion para heredar y, siendo todos iguales en grado aunque de diferentes hermanos, debian heredar *in capita* por personas ó partes iguales.

Pero en el artículo 754 se ha dado al derecho de representacion respecto de los hijos y *descendientes* de hermanos la misma estension en línea recta descendente: ¿por qué, pues, no igualar en todo ambos casos? ¿por qué los nietos, cuyos padres hubiesen muerto, encontrándose solos, no habrian de heredar tambien al abuelo *in capita*?

A favor de la representacion los hijos del hermano no eran escluidos por sus tios, hermanos de su padre, aunque mas próximos en grado que ellos: escluian tambien á los tios carnales del difunto, iguales en grado que ellos, pues que todos se hallan en el tercero; sin embargo, Voet,

libro 38, título 17, número 16, niega que los hijos de hermanos, sobrinos del difunto, necesiten del derecho de representacion para escluir á los tios carnales del difunto, como efectivamente los escluyen por la Novela 118, capítulo 3, y por la ley 6, título 13, Partida 6.

Voet funda este favor de la ley en que, asi como en la línea recta los descendientes, aunque mas remotos, son preferidos á los ascendientes, por ejemplo, el nieto del difunto al padre de este y bisabuelo de aquel, asi los hijos del hermano difunto deben ser tenidos por descendientes de este, y escluir á los tios del mismo que son tenidos por padres ó ascendientes: fútil razon por cierto para el propósito de Voet.

Por el Derecho Romano, y la ley 4, título 13, Partida 6, que admitian á la herencia á los hermanos, é hijos de estos, para cierto caso, juntamente con el padre y madre del difunto, quedaban en pié muchas cuestiones que pueden verse en los intérpretes, y cortó de raiz la ley 6 de Toro, ó 1, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion, disponiendo que los ascendientes escluyan siempre á los colaterales.

Pero, quitada la representacion, ¿qué razon convincente podrá alegarse para que los sobrinos carnales del difunto escluyan á los tios carnales que están en el mismo tercer grado que aquellos? Y sin embargo los escluyen, segun la citada Novela 118, capítulo 3, y la ley 6, título 13, Partida 6. Cuando puede esplicarse razonable y congruentemente la disposicion de la ley por el derecho de representacion, no debe desecharse este medio.

Admitido ya por nosotros que la representacion no se limite, segun la citada Novela y ley de Partida, á los hijos de hermano, sino que alcance á sus descendientes, se hace mas preciso y sencillo establecer que sucedan siempre *in stirpes*, y no por cabezas ó personas.

Puede concurrir el nieto del hermano del difunto con un tio carnal de este; el nieto distará cuatro grados, y el tio tres: sin la representacion el mas remoto no puede escluir al mas cercano.

Ha de haber tambien representacion cuando concurran sobrinos de hermanos enteros ó carnales con sobrinos de medio hermanos para la porcion simple ó doble de sus respectivos padres.

Por estas y otras consideraciones ha sido adoptado el artículo 743, que asimila en todos casos el derecho de representacion de los hijos y descendientes de hermanos á lo dispuesto para la línea recta de descendientes.

ARTICULO 737.

El que repudia la herencia de uno, puede todavía representarle en la herencia de otro.

No se encuentra ley patria concreta á este artículo; pero su dis-

posicion es corriente en Derecho Romano, como puede verse en Veto, libro 38, título 17, número 4, donde cita las leyes 5, título 14, y la 1, título 16, libro 6 del Código, con la 11, título 9, libro 38 del Digesto. El nieto que repudia la herencia de su padre como dañosa, puede todavia representarle para heredar al abuelo, *quia ex suo capite tamquam proximus ad avi venit successionem.;* por su derecho propio, y sin necesidad de heredar á su padre, es heredero forzoso de su abuelo.

El Código Frances ha consignado esta disposicion en el artículo 744. «Se puede representar á aquel á cuya sucesion se ha renunciado:» le siguen el Sardo, artículo 930; el de la Luisiana, artículo 896; el de Vaud, artículo 529, y el Holandes, artículo 895.

En los motivos del artículo Frances dice un orador: «Para representar á otro no hay necesidad de ser su heredero, y antes bien se puede haber rehusado serlo. La razon es que no se representa á un difunto en la herencia, á que él seria llamado si viviera por ser heredero del mismo: pues, bajo este concepto, no podria haber derecho alguno á una sucesion abierta despues de su muerte. Si se le representa, es porque se toma su lugar en la familia y se llena el grado que él habria ocupado. Este derecho es un derecho de parentesco que se recibe de la sangre: no es un derecho dependiente de la herencia del representado.

ARTICULO 758.

No puede represêntarse á una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 *y* 673.

Conforme con el artículo 744 Frances y demas citados en el anterior, por ser máxima general en todos los Códigos antiguos y modernos, «no se representa á una persona viva.»

El 929 Sardo, despues de proclamarla, añade: «Sin embargo, los hijos y descendientes de los que han sido escluidos como indignos, ó desheredados, pueden representarlos en los solos casos y segun la regla establecida en los artículos 711, 741 y 922.

(Lo chocante es que en las Concordancias se diga de este artículo «como el 742, Código Napoleon:» lo mismo se advierte en otros muchos.)

Los motivos de las escepciones de nuestro artículo pueden verse en los dos que se citan y en el 745.

SECCION III.

DEL DOBLE VINCULO.

ARTICULO 759.

Llámase doble vínculo el parentesco por parte del padre y madre juntamente.

ARTICULO 760.

El efecto del doble vínculo será dar en la herencia una porcion doble de la que tiene el pariente de un solo lado.

Este derecho solo tiene lugar en la línea colateral y entre los hermanos, sus hijos y descendientes.

Justiniano en la Novela 118 fué tambien el autor del beneficio del doble vínculo, limitándolo á los hermanos y á sus hijos, como lo hizo en cuanto al derecho de representacion.

Los efectos del doble vínculo eran por Derecho Romano los siguientes:

1.° Las hermanas y hermanos carnales heredaban á su difunto hermano en union de los padres ó ascendientes: Novela 118, capítulo 2.

2.° Por el doble vínculo, unido al derecho de representacion, eran tambien admitidos á la herencia en el caso anterior los hijos (no los nietos) de los hermanos muertos; pero si estos hijos quedaban solos, es decir, si no concurrian hermanos del difunto, eran escluidos por los padres y ascendientes del mismo.

3.° Las hermanas y hermanos carnales escluian enteramente á los consanguíneos y uterinos; y de la misma preferencia gozaban los hijos de los primeros en el caso que estos hubieren muerto: Novela 127.

La ley 4, título 13, Partida 6, copió fielmente al Derecho Romano.

Sin embargo, el Fuero Juzgo no reconocia el doble vínculo si no en los hermanos carnales, y para el solo efecto de escluir á los consanguíneos y uterinos de la sucesion del hermano, no para concurrir con los padres ó abuelos del difunto; leyes 2, 3 y 5, título 2, y 4, título 5, libro 4: lo mismo se lee en las leyes 1, y 12, título 6, libro 3 del Fuero Real.

Esto era consiguiente á que por los dos Fueros mencionados el derecho de representacion estaba limitado á los hermanos sin que aprovechase á sus hijos: igual es la disposicion del capítulo 10, título 4, libro 2 del Fuero de Navarra.

Las leyes 7 y 8 de Toro (hoy 2, título 20, libro 10 de la Novísima

Recopilacion), modificaron la citada 6 de Partida, ó derecho Romano, dejando subsistir únicamente los efectos del doble vínculo segun acabo de notarlos en el número 5.

El Código Frances no da privilegio ó preferencia al doble vínculo; pero en el caso de heredar los ascendientes ó colaterales dispone por su artículo 733, que la herencia se divida en dos mitades, una para la línea paterna y otra para la materna: resulta necesariamente que el hermano carnal ó entero toma por lo menos doble porcion que el medio hermano (uterino ó consanguíneo), porque la toma en ambas líneas; y lo mismo se observa en todos los Códigos que han adoptado igual division.

El Código de la Luisiana y el de Vaud no reconocen el doble vínculo; tampoco el de Nápoles, cuyo artículo 671 dice: «hermanos ó hermanas del difunto, sean carnales ó no.»

El Bávaro, capítulo 12, libro 3, admite el doble vínculo en las mismas personas y con los mismos efectos que tenia por las Novelas y ley de Partida arriba citadas.

El Sardo es aun mas favorable al doble vínculo, pues lo reconoce á los hermanos y hermanas carnales y aun *descendientes* para heredar con los padres y ascendientes, y para escluir á los medio hermanos del difunto: artículos 934, 936 y 938.

El Prusiano lo reconoce en los hermanos ó hermanas y sus *descendientes*, no para heredar con el padre ó madre del difunto, sino para escluir á todos los otros ascendientes y á los medio hermanos; artículo 493, título 2, Parte 2.

Los motivos ó fundamentos de nuestro artículo 760 pueden verse en el apéndice número 10: vé tambien lo espuesto en el artículo 768.

CAPITULO II.

Del órden de heredar segun la diversidad de líneas.

SECCION PRIMERA.

DE LA LÍNEA RECTA DESCENDENTE.

ARTICULO 761.

La ley llama á la herencia en primer lugar á la línea recta descendente.

ARTICULO 762.

Los hijos del difunto le heredan siempre por su propio derecho y en partes iguales.

ARTICULO 763.

Los nietos y demas descendientes heredan por derecho de representacion con arreglo al artículo 755.

Sobre estos artículos hay conformidad en todos los Códigos antiguos y modernos.

El Bávaro, capitulo 12, libro 3, aventaja al hijo mayor sobre sus hermanos en la clase noble: el Sardo, en sus artículos 942 y siguientes, contiene algunas disposiciones poco favorables á las hembras.

El artículo 745 Frances, copiado en los otros Códigos modernos, encierra los nuestros 762 y 763, pues dice: «Los hijos ó sus descendientes heredan á su padre y madre, abuelos, abuelas ú otros ascendientes, sin distincion de sexo ni de primogenitura, y aunque procedan de diversos matrimonios.»

«Ellos heredan por partes iguales y por cabezas, cuando están todos en el primer grado, y son llamados por derecho propio (*de leur chef*); pero heredan por estirpes (*par souche*), cuando vienen todos ó parte por representacion.»

Se han hecho dos artículos del Frances citado, aplicando el 762 á los hijos, y el 763 á los demas descendientes, con lo que se ha ganado en claridad y concision.

Estos dos artículos forman el capítulo 1 de la Novela 118, y se encuentran, aunque con menor espresion, en las leyes 2, título 2, y 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; el Real está mas espreso en las leyes 1 y 7, título 6, libro 3, y todavía lo está mas la ley 5, título 13, Partida 6.

SECCION II.

DE LA LÍNEA RECTA ASCENDENTE.

ARTICULO 764.

A falta de hijos y descendientes del difunto, los heredan sus ascendientes con absoluta esclusion de los colaterales.

En este artículo se conserva la legislacion vigente ó ley 6 de Toro, que es la 1, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion, conforme á las 2 y 3, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, y á la 1, título 6, libro 3 del Real.

En los artículos 759 y 760 dejo espuesto cuál era la disposicion de la Novela 118 sobre este punto, trasladada despues á la ley 4, título 13, Partida 6, que fué la corregida por la citada ley de Toro.

Preciso es confesar que los Códigos modernos, ó copian, ó exageran la legislacion Romana en favor de los hermanos y en perjuicio de los padres y ascendientes del difunto.

El Código Bávaro, capítulo 12, libro 3, la copia: los hermanos y hermanas carnales y sus hijos heredan con el padre y madre; en defecto de estos con los otros ascendientes del difunto.

El Sardo estiende este derecho ó beneficio á todos los *descendientes* de los hermanos y hermanas carnales, artículos 934 y 936.

Por el de Nápoles, artículo 671, los hermanos y hermanas, *carnales ó no*, *y sus descendientes*, heredan con el padre y madre del difunto, y á falta de estos con el ascendiente mas inmediato.

Segun los artículos 748 y 749 del Frances, los hermanos ó hermanas y *sus descendientes* heredan con el padre y madre del difunto; la mitad si estos dos viven; las tres cuartas partes si vive uno solo.

Segun el artículo 750, no existiendo padre ni madre, escluyen á los abuelos y demas ascendientes.

El Código Frances ha sido copiado en los artículos 533 y 535 del de Vaud, en los 899, 900 y 907 del de la Luisiana, y con levísimas diferencias en los 901 y 903 del de Holanda.

El Prusiano está conforme con el nuestro en un solo caso ó grado: segun su artículo 489, título 2, parte 3, el padre ó madre del difunto, ó uno de ellos, heredan el todo en defecto de descendientes y con esclusion de todos los colaterales; pero en el artículo 493 se dispone que los hermanos y hermanas carnales y *sus descendientes* escluyan á los abuelos.

Se vé por lo hasta aqui espuesto, que la autoridad ó número de los Códigos estranjeros está contra nosotros; pero, ¿cómo abandonar la legislacion nacida con la Monarquía española, mejorada por la ley 6 de Toro hasta hacer á los padres y ascendientes herederos forzosos, encarnada en nuestros hábitos, y en cuya observancia hasta nuestros dias no se han notado inconvenientes?

Por otra parte, los derechos de sucesion son recíprocos; y yo no alcanzo por qué haya de violarse esta regla general en perjuicio de los padres y abuelos, á quienes debemos gratitud, amor y respeto, y que merecen especial proteccion de la ley por la doble desgracia de su vejez y de la pérdida de sus hijos y nietos.

Tampoco descubro razon ni consecuencia en admitir á los padres y escluir á los abuelos.

En el discurso 34 de los motivos del Código Frances se hace la

apología del artículo 748, en que se admite á los padres, contra la ley, hecha en tiempo de la Revolucion, que los escluia.

La apología ó defensa del artículo se reduce á que «los derechos de alimentos son recíprocos entre los hijos y los padres; que estos no deben perder los derechos que les concede la naturaleza, lo que en su vejez ó necesidades habrian recibido de sus hijos si hubiesen vivido; que lo que la ley otorga á los padres, volverá muy pronto á sus otros hijos hermanos del difunto.»

Yo quisiera que se me dijera de buena fé, si todas estas consideraciones no obran con igual ó mayor fuerza entre los abuelos y los nietos.

Nuestro sistema de sucesiones, despues de la ley de Toro, era el mas fácil y sencillo de todos los conocidos; ahora se aumentan su equidad y sencillez, limitando los efectos del doble vínculo á la doble porcion, desterrando enteramente la troncalidad que aquella ley dejaba subsistente *en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra acostumbraban tornar los bienes, el tronco al tronco, y la raiz á la raiz*, y aboliendo en el artículo 766 la sucesion lineal de las abuelas.

Puesto que he estractado lo que sobre este punto disponen los Códigos estranjeros, no estará por demas hacerlo de nuestros principales Fueros provinciales.

En Cataluña, por falta de Fuero municipal, los Tribunales han seguido la Novela 118 en cuanto á heredar los hermanos carnales con los padres y abuelos, aunque no falta algun ejemplar reciente de sentencia de vista dada con arreglo á la ley de Toro. Esta incertidumbre proviene de no haber recaido resolucion del Gobierno al informe que, de órden del mismo, dió la Audiencia de Cataluña en 1828 sobre cuál debia tenerse por derecho supletorio del Principado en defecto de derecho municipal.

La troncalidad de los bienes, para el efecto de escluir al padre ó madre sobreviviente, solo se conoce en el caso de morir intestado, ó mejor dicho, sin sustituto pupilar un impúbero.

En Aragon los padres heredan á los hijos, muertos sin sucesion, en lo que estos hubieren recibido de aquellos: en lo adquirido por los hijos son escluidos por los hermanos y parientes mas cercanos: por esto se dice que *en las sucesiones de Aragon los bienes bajan, pero no suben*.

En Navarra, segun el capítulo 6, título 4, libro 2 del Fuero, los padres eran escluidos por los hermanos y *demas parientes del difunto aun en los bienes donados á este por los primeros*. Respecto de los tales bienes, fue modificado el Fuero en el capítulo 5 del Amejoramiento del Rey don Felipe: el último estado es que los padres son escluidos por hermanos en todos los bienes; y en los troncales por los parientes

del mismo tronco dentro del cuarto grado.

En Vizcaya, segun la ley 7, título 21 de sus Fueros, los ascendientes heredan por su grado y órden con absoluta esclusion de los colaterales, menos en los bienes raices troncales.

ARTICULO 765.

Si existen padre y madre del difunto, le heredan por partes iguales. Existiendo uno solo de ellos, le hereda en el todo.

Se conserva nuestra legislacion actual que era la de nuestros Fueros Juzgo y Real, y se deroga la ley 4, título 13, Partida 6, tomada de la Novela 118, que admitia con los padres y ascendientes á los hermanos del difunto para heredar por cabezas ó personas.

La inconsecuencia de las mencionadas ley de Partida y Novela es manifiesta: los hermanos no eran herederos forzosos; ¿por qué, pues, habian de concurrir con los padres que realmente lo eran? A pesar de esto, algunos señores de la Comision manifestaron no pequeña resistencia á la esclusion absoluta de los hermanos por los padres y ascendientes, ó lo que es lo mismo, á nuestra legislacion actual.

La variedad y discordancia de los Códigos modernos en la sucesion de la línea recta ascendente llega hasta el caos.

El Sardo, en su artículo 934, prefiere los hermanos carnales y sus descendientes al padre y á la madre del difunto; lo mismo el Napolitano en su artículo 668.

El Frances, en su artículo 733, dispone que toda sucesion, que recaiga en ascendientes ó colaterales, se divida en dos partes iguales; una para los parientes de la línea paterna, y la otra para los de la materna.

Esta disposicion ha sido copiada en algunos Códigos con ligeras variaciones: pero en primer lugar es contraria á la presuncion de cariño, por la que se rigen las sucesiones aun en el Código Frances, y en segundo lugar ni tiene la ventaja de conservar los bienes en la familia de que procede como la tenia la troncalidad de nuestros antiguos Fueros, conservados parcialmente por la ley 6 de Toro, ó 1 Recopilada, título 20, libro 10, y la observada con toda plenitud en las provincias Forales.

Solo el Código Prusiano, artículo 480, prefiere el padre y la madre á toda clase de hermanos; luego llama á los hermanos carnales y sus descendientes, y despues á los medio-hermanos con los abuelos por líneas ó dos mitades: vé lo espuesto en el artículo anterior y en el apéndice al número 10.

ARTICULO 766.

A falta de padre y madre del difunto, le heredarán los demas ascendientes mas próximos en grado, y en partes iguales, aunque sean de distintas líneas.

Los motivos de la innovacion que contiene este artículo llamando á los ascendientes mas próximos en grado para heredar por partes iguales aunque sean de distintas líneas, pueden verse en mi apéndice número 10: el artículo 669 Napolitano dispone lo mismo. «A falta de padre y de madre, la herencia se defiere *por partes iguales* á los ascendientes mas próximos, sea en la línea paterna, sea en la materna.

Yo comprendo el *paterna paternis*, *materna maternis*, de los Romanos; comprendo tambien la ley 6, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo. «De las cosas que el difunto ovo de parte de sus padres ó de sus avuelos, deven tornar á sus padres ó á sus avuelos cuemo gelas dieron;» ley que viene á ser el artículo 747 del Código Frances, copiado en casi todos los modernos: comprendo en fin la troncalidad de las provincias de Fueros y de algunas comarcas de Castilla: en todas estas disposiciones se descubren motivos mas ó menos fundados, y un objeto loable hasta cierto punto: en la sucesion lineal de los abuelos no descubro objeto ni motivos.

SECCION III.

DE LA LINEA COLATERAL.

ARTICULO 767.

A falta de descendientes y ascendientes la ley llama á la herencia á los parientes colaterales.

En este artículo se conserva la legislacion vigente, segun la que los ascendientes escluyen siempre á los hermanos del difunto, contra lo dispuesto en la legislacion Romana y de Partidas, como lo he observado en la seccion anterior; y no se olvide que en todas estas tres secciones se trata solamente de los legítimos.

ARTICULO 768.

Si no existen mas que hermanos de parte de padre y madre, heredan en partes iguales.

Los hijos y descendientes del hermano premuerto heredarán con arreglo á lo dispuesto en los artículos 755 y 756.

Si existen hermanos de parte de padre y madre con medio-hermanos, heredarán segun lo dispuesto en los artículos 759 y 760.

Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos: capítulo 3 de la Novela 118; está copiada en la ley 5, título 13, Partida 6. Quedando solo hermanos y hermanas *æqualiter succedant*, si son hijos de un padre y de una madre. Leyes 5, título 2, y 4, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo: lo mismo en la 12, título 6, libro 3 del Real: dejo ya observado que estos dos Fueros escluian á los hermanos carnales habiendo ascendientes, lo que no sucedia por Derecho Romano y de Partidas.

Si existen hermanos de padre y madre, etc. Por el capítulo 3 de la Novela 118 los hermanos carnales escluian á los medios, uterinos y consanguineos: esta misma disposicion se encuentra en las leyes 8, título 2, 4, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; 12, título 6, libro 3 del Real, y en la 5, título 13, Partida 6: de consiguiente por el artículo se altera la legislacion actual: los motivos de esta innovacion, adoptada á propuesta mia por la Comision, pueden verse en el apéndice número 10.

Como el doble vínculo solo da derecho, segun el artículo 760, á una doble porcion de la que tiene un pariente de un solo lado, resulta que en cuanto á los hermanos, sus hijos y descendientes, nuestro artículo parecerá que viene á ser el segundo párrafo del 733 Frances que comprende en su generalidad á todos los parientes.

Sin embargo, nuestro artículo está mejor combinado y es mas equitativo y favorable á los medio-hermanos que el Frances: ejemplo: el difunto deja 12.000 duros; un hermano entero ó carnal y dos medios uterinos.

En Francia el hermano entero lleva la mitad ó 6.000 por la línea paterna, y 2.000 por la materna; total 8.000.

Por nuestro artículo no llevará mas que 6.000, y cada uno de los otros dos, 3.000.

ARTICULO 769.

En el caso de no quedar si no medio-hermanos, unos por parte del padre y otros dela madre, heredarán todos en partes iguales sin ninguna distincion de bienes, segun lo dispuesto en el artículo 744.

En este artículo se hace tambien una innovacion contraria á la ley 6, título 13, Partida 6, y lo que todavia es mas, á las leyes 5, título 2; 4, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y 12, título 6, libro 3 del Real. Por todas ellas se disponia que el hermano de parte de padre heredase los bienes que vinieron al difunto por parte del padre; y el

hermano de parte de madre, los que le vinieron por parte de esta: en los ganados por el difunto de otra manera cualquiera ambos á dos hermanos heredaban igualmente.

Pero se ha preferido en este punto la Novela 118, capítulo 3, por los motivos que podrán verse en el apéndice número 10: vé tambien lo espuesto en el artículo 744 que aqui se cita.

Están conformes con la Novela, y de consiguiente con nuestro artículo, el Código Sardo en el suyo 939, el Prusiano en el 43, título 3, Parte 2, y el Bávaro en su capítulo 12, libro 3.

El Napolitano, en el 672, tampoco hace distincion de bienes, ni aun concurriendo hermanos carnales ni medios, pues, como desconoce el doble vínculo, llama á unos y á otros sin diferencia alguna á la herencia de su difunto hermano.

La máxima del Novísimo Derecho Romano, ó Novela 118, sobre no atender al orígen de los bienes en la materia de herencias, ha sido proclamado tambien por el Código Frances y por todos los que le han imitado en dividir la herencia en dos mitades para las dos líneas: la division se hace de todos los bienes, sea cualquiera su orígen, pues, segun su artículo 752, «La ley no considera la naturaleza ni el orígen de los bienes para arreglar su sucesion:» vé lo espuesto en el nuestro 744.

ARTICULO 770.

En cuanto á los hijos y descendientes de los medio hermanos y hermanas, regirán tambien los artículos 754, 755 y 756.

Es decir, que los hijos y descendientes de los medio-hermanos y hermanas gozan del derecho de representacion; que heredarán por este concepto, ya estén solos y en igualdad de circunstancias, ya concurran con sus tios; y que no heredarán mas de lo que heredaria su representado si viviera.

ARTICULO 771.

No habiendo hermanos ni hijos descendientes de ellos, heredan los otros colaterales sin distincion de líneas ni miramiento del doble vínculo.

El mas próximo en grado escluye al mas remoto; los iguales en grado heredan por partes iguales.

Viciniores gradu præponantur; si plurimi ejusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur quod incapita nostræ leges appellant; Novela 118, capítulo 3, párrafo 1. «El pariente mas cercano del defunto heredará todos sus bienes»; ley 6, título 13, Partida 6. *Qui gradu alterum præceditomnem hæreditatem*

obtineat, qui in uno propinquitatis gradu æquales sunt, æqualiter partiantur; ley 10, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, «Hereden los parientes mas propincos:» «Ca pues eguales son en el grado, eguales deven ser en la particion;» leyes 1, 11, y 13, título 6, libro 3 del Fuero Real.

Esta misma regla se halla consignada en todos los Códigos modernos que no han admitido la division de la herencia por líneas, y se halla respetada dentro de cada una de ellas por los que, como el Frances, han establecido la tal division: «La mitad devuelta á cada línea, pertenece al heredero ó á los herederos mas cercanos»; artículo 734: «Cuando concurren parientes colaterales en el mismo grado, parten (ó heredan) por cabezas»; artículo 753.

ARTICULO 772.

El derecho de heredar ab intestato no se estiende mas allá del décimo grado.

La sucesion de los parientes colaterales, fuera del cuarto grado, está sujeta á lo que se dispone en las dos secciones siguientes.

Es punto muy disputado y dudoso en el último estado del Derecho Romano si, quitada por la Novela 118 la diferencia entre agnados y cognados para heredar, quedó ó no limitado este derecho al décimo grado, y se tiene por mas fundada la opinion de que no tenia límites mientras hubiese parientes de cualquier grado.

El Fuero Juzgo lo limitó al séptimo grado, ley 7, título 1, y la 11, título 2, libro 4, dando la razon, que fuera de este grado no se conocen nombres para designar á los otros parientes: en esto imitó á la ley 10, título 10, libro 38 del Digesto.

La ley 6, título 13, Partida 6, lo fijó en el décimo grado, porque esta era entonces la opinion comun de los glosadores Romanos.

De la ley 3, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion, (es de los Reyes Católicos) se infiere que este derecho se hallaba limitado entonces al cuarto grado, sin que aparezca cuándo ni por quién se hizo esta innovacion contraria al Fuero Juzgo y á las Partidas.

Como esto favorecia al Fisco, se ha corroborado por todos los decretos sobre Hacienda y Crédito público. Pero las Córtes en 16 de mayo de 1835 han restablecido la ley de Partida para escluir al Fisco, prefiriendo los hijos naturales y la muger á los parientes fuera del cuarto grado.

El Código Frances, artículo 755, lo estiende hasta el duodécimo: le ha copiado el de Nápoles, artículo 673, el Holandes en el 908; el Sardo en el 941; otros, como el Prusiano, artículo 637, lo ha restringido

á la mitad; el de Vaud, artículo 540, lo fija en el décimo; el Austriaco en el 751, se aparta igualmente del Frances; el de la Luisiana calla y no fija grado alguno; el Bávaro dice espresamente: «la succesibilidad no está limitada á grado alguno,» capítulo 12, libro 3.

A tan gran distancia del tronco comun las relaciones de familia están casi borradas, y ha desaparecido enteramente el amor ó cariño de la sangre, que es la base de nuestro sistema en las herencias sin testamento.

Por otra parte, las pruebas serian siempre muy difíciles y casi siempre espuestas á falsificaciones: las herencias vendrian á ser la presa ó patrimonio de los curiales.

La ley, pues, ha debido fijar un término, mas allá del cual no se entreven si no peligros y confusion.

En las dos Secciones. En rigor, debe ser únicamente la quinta, porque en la cuarta no se hace mencion de colaterales de dentro ó fuera del cuarto grado, y los derechos del viudo ó viuda no se alteran por la diversidad de grados en los colaterales succesibles, ni por el concurso de hijos naturales.

SECCION IV.

DEL DERECHO HEREDITARIO DEL VIUDO Ó VIUDA EN LOS BIENES DEL CÓNYUGE PRE-MUERTO.

Véanse mis apéndices sobre esta materia, números 10 y 11, donde espongo latamente los derechos del viudo ó viuda por todas las legislaciones antiguas y modernas, y los antecedentes que en la Seccion y Comision general mediaron sobre este punto.

ARTICULO 773.

El viudo ó viuda que, al morir su consorte, no se hallase divorciado, ó se hallase por culpa del mismo consorte, le heredará en el quinto, si deja algun descendiente; en el cuarto, si deja algun ascendiente; y á falta de unos y otros en el tercio.

Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere pactado alguna ventaja en favor del viudo ó viuda, se imputará en la parte que deba percibir en la herencia intestada.

Si las ventajas capituladas llegaren ó escedieren de los derechos hereditarios, quedarán estos sin efecto y se estará á lo capitulado.

Revocada la base de la Comision general que atribuia al viudo ó viuda el concepto y derechos de herederos forzosos aun en concurso de hijos y descendientes, revocada, no solo por ser irregular, monstruosa y chocante con todos los principios que rigen la materia de herencias sin

testamento, si no tambien por haberla hallado impracticable despues de mil y mil combinaciones, se pensó en mejorar la suerte de los viudos por lo tocante á la Corona de Castilla, y en lastimar lo menos posible la de los de Aragon y de Navarra.

Para conseguir este loable objeto en lo posible se establecieron los artículos 655 y 1258: los momentos en que se otorgan las capitulaciones son de amor y galantería, á veces hasta de vanidad; los en que se otorga el testamento son tambien de liberalidad, de gratitud, y sobre todo de justicia. Ha de ser muy dificil que en uno de estos dos periodos quede en el olvido y abandono el esposo ó esposa dignos de este santo y honorífico dictado.

Si el difunto consorte hizo testamento y pasó en olvido al que en un tiempo fue objeto esclusivo de su cariño, al compañero de toda su vida, ante Dios y ante los hombres, el legislador debe respetar este triste y forzado silencio: no caben presunciones en este caso porque hay una voluntad espresa.

Pero, si murió intestado, puede y debe el legislador presumir piadosamente en favor del viudo ó viuda, puede y debe presumir que vivieron y se amaron como buenos esposos; y que el difunto hubiera provisto al bienestar del sobreviviente si hubiera hecho testamento: no se hace pues en este caso mas que seguir la regla general en esta especie de herencias, que es la presunta voluntad del difunto, deducida del curso ordinario de los afectos humanos.

Cotéjense con nuestro artículo todos los Códigos antiguos y modernos citados en el apéndice, y resaltará mas la equidad y sencillez del primero, mas favorable que todos ellos al viudo ó viuda.

Aqui no se distingue de sexos, ni si los viudos son ricos ó pobres; las miras del legislador, en todo lo que atañe al matrimonio, deben ser mas nobles y elevadas: el viudo ó viuda heredará siempre en propiedad, alejándose asi los perjuicios inseparables del usufructo; y como han de heredar en todos los casos, nunca habrá lugar al edicto Pretorio Romano *unde vir et uxor*, aunque admitido hasta ahora en nuestra legislacion patria y en casi todos los Códigos modernos: vé el artículo 785; (el de Holanda, por ejemplo, no admite en caso alguno al cónyuge sobreviviente).

No se hallare divorciado, *etc.* Los Códigos modernos, cuando de cualquier modo admiten al viudo ó viuda á la herencia de su difunto consorte, hacen la escepcion general de no estar *divorciados*, como puede verse en el apéndice; pero como el difunto ha podido ser el solo culpable del divorcio, no parece justo privar al inocente de este beneficio: tambien por Derecho Romano cesaba el edicto Pretorio en este caso, segun la ley única, párrafo 1, título 11, libro 38 del Digesto; y

ademas el artículo está en armonía con lo dispuesto en la seccion tercera capítulo 4, título 3, libro 1.

En el quinto: porque es la sola parte disponible quedando descendientes.

En el cuarto: se vé que el derecho del viudo ó viuda es mayor ó menor, segun es mas ó menos privilegiada la línea de los herederos de sangre con quienes concurre.

Pero, cotejando lo que aqui se dispone con el párrafo 1 del artículo 776, puede ocurrir que no queden íntegros para los abuelos y otros ascendientes los dos tercios que forman su legítima, segun el artículo 642, cuando son dos ó mas: ejemplo.

Muere uno dejando dos abuelos, viuda y un hijo natural: el caudal hereditario importa 6,000 duros.

La viuda por su cuarto sacará 1,500 duros, é igual cantidad el hijo natural: juntas las dos cantidades importarán 3,000 duros, y absorverán la mitad de la herencia.

No quedará, pues, para los dos abuelos mas que la otra mitad de la herencia, ó 3,000 duros en lugar de los dos tercios, ó 4,000 que deberian corresponderles segun el mencionado artículo 642.

Pero este caso ha de ser muy raro, y formará una escepcion de la regla general de aquel artículo.

Si en las capitulaciones, etc. El artículo 960 Sardo dispone que, cuando el viudo ó viuda suceda en usufructo ó en propiedad con los parientes del difunto en los términos del mismo artículo y del anterior, haya de imputar sobre su parte hereditaria las ventajas resultantes de sus convenciones matrimoniales y de sus ganancias dotales: el 758 Austriaco ordena que se imputen las ventajas nupciales ó las mandas que le hayan sido hechas por su difunto consorte.

Se ha tomado de ambos artículos lo relativo á las ventajas que resulten de capitulaciones, y en ellas entrará la dote dada ó prometida por el novio: lo de las mandas no puede tener lugar aqui tratándose de sucesion *ab intestato*.

Justo, ó por lo menos humano, es proveer á la suerte del viudo ó viuda, y á ello se ocurre con la cuota que aqui se les señala: por lo tanto debe imputarse en la misma lo que el viudo ó viuda debia ya á la liberalidad del difunto.

SECCION V.

DE LAS HERENCIAS DE LOS HIJOS NATURALES RECONOCIDOS (1).

ARTICULO 774.

Las herencias de los hijos naturales reconocidos se gobernarán por las reglas siguientes:

ARTICULO 775.

Cuando el padre ó madre que le reconoció haya dejado hijos ó descendientes legítimos, no tendrán los naturales otro derecho que el de alimentos, consignado en el número 2 del artículo 130.

Sobre el tenor del artículo 775 están conformes nuestra última legislacion Patria y todos los Códigos modernos, á escepcion del Austriaco y Prusiano, que, á imitacion del Romano, admitian á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de la madre.

El artículo 757 Frances puede ser demasiado favorable ó demasiado perjudicial en este punto á los hijos naturales, porque les señala por alimentos cierta cantidad de bienes que puede ser escesiva en el caso de quedar un solo hijo natural, y diminuta en el caso de quedar muchos.

ARTICULO 776.

Si han quedado solo ascendientes legítimos, sea cualquiera su número y grado, los hijos naturales reconocidos por el mismo padre y la misma madre, sean uno ó mas, heredarán la cuarta parte de los bienes, concurran ó no con viudo ó viuda.

Quedando solo colaterales dentro del cuarto grado, heredarán la mitad. Si ademas de colaterales dentro del cuarto grado quedan viudo ó viuda, heredarán el tercio. A falta de colaterales dentro del cuarto grado, heredarán por entero, si no quedan viudo ó viuda; y en otro caso los dos tercios.

Sobre las Concordancias de este artículo con la legislacion Romana, Patria y Códigos modernos, véase el apéndice número 12.

Su número y grado: téngase presente lo espuesto en el artículo 773 sobre la posibilidad de que no quede íntegra á los abuelos la legítima de dos tercios que se les señala en el artículo 642 cuando concurren hijos naturales y viudo ó viuda.

(1) Vé el apéndice sobre esta materia.

Por el mismo padre y la misma madre. Aqui y en el artículo siguiente se hace una distincion altamente moral entre hijos reconocidos por padre y madre ó solamente por uno de ellos. Estos segundos pueden ser fruto de una union criminal, pueden ser incestuosos, adulterinos ó sacrílegos; sospecha ó posibilidad que no recae en los primeros.

Era, pues, preciso hacer una distincion entre unos y otros, y manifestar respeto á la moral, aun despues de admitido el reconocimiento aislado, ó por uno solo de los padres en el artículo 123.

Sean uno ó mas. Hay tambien perfecto acuerdo sobre esto en todos los Códigos, pues de otro modo podria ocurrir segun fuese el número de hijos que absorviesen la legítima de los ascendientes.

Quedando solo colaterales, etc. Se ensanchan los derechos del hijo natural segun que la línea con que concurre es menos favorecida, como sucede en la colateral, y segun la mayor ó menor proximidad, porque estas consideraciones influyen tambien en la presuncion del mayor ó menor afecto del difunto.

El hijo natural reconocido por el padre y la madre hereda siempre tanto como los colaterales dentro del cuarto grado; la mitad si concurre solo con ellos, el tercio si concurre con ellos y con viudo ó viuda: en este segundo caso la herencia se dividirá en tres partes iguales, pues que el viudo ó viuda tienen asegurado un tercio por el artículo 773, y lo conservan aun cuando el hijo natural escluye enteramente á los colaterales que no están dentro del cuarto grado: por la ley de 16 de mayo de 1835 el hijo natural escluia al viudo ó viuda.

ARTICULO 777.

El natural reconocido únicamente por el padre ó la madre, no los heredará sino á falta de colaterales dentro del cuarto grado civil, y de viudo ó viuda que se halle en el caso del artículo 773.

Véase lo espuesto en el anterior, y de paso diré que en estos dos artículos se encierra una moralidad y delicadeza que no se descubre en el Código Frances ni en los demas que á su imitacion autorizan el reconocimiento aislado ó parcial, pues favorecen igualmente al hijo natural en uno y otro caso.

No hallo consecuencia en este artículo. Todo lo que el viudo ó viuda pueden tener en los bienes del difunto consorte se reduce al tercio; por manera que ni escluyen al Estado segun el artículo 783.

El viudo, pues, no escluirá á los colaterales de fuera del cuarto grado con los que tiene derecho á concurrir el natural: ¿cómo, pues, podrá escluir á este? ¿y qué efecto producirá esta esclusion? ¿qué he-

rede el viudo? No; porque en ningun caso puede heredar mas de un tercio.

La consecuencia, pues, seria que los colaterales de fuera del cuarto grado heredarán los otros dos tercios. ¿Y por qué? Si quedaron solos con el natural no heredarian mas que la mitad: ¿á qué viene hablar de viudo ó viuda, cuyo derecho no puede subir ni bajar?

Creo que padecimos descuido al poner en este artículo *á falta de viudo ó viuda*, y que el natural de este artículo debe heredar habiendo colaterales fuera del cuarto grado, como el natural del artículo anterior habiéndolos dentro del cuarto.

ARTICULO 778.

Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural en los dos artículos anteriores, se trasmiten por su muerte á su descendencia, á virtud del derecho de representacion.

Es conforme al artículo 759 Frances adoptado en todos los Códigos modernos; y por lo tocante á la línea recta, lo es tambien á la ley 9 de Toro ó recopilada 5, título 20, libro 10, que dice: «Los hijos ó descendientes que tuviere naturales.»

Las mismas consideraciones de equidad y los mismos estrechos vínculos de la sangre que han hecho admitir la representacion en el artículo 754 á favor de los legítimos, obran igualmente á favor de los naturales, como quiera que hayan sido reconocidos.

ARTICULO 779.

El hijo natural nunca hereda á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que le reconoció, ni ellos al hijo natural.

Véase lo espuesto en el apéndice, donde se hallará cuanto sobre este punto han dispuesto el Derecho Romano y Patrio, asi como los Códigos modernos.

El artículo se halla conforme con los 756 y 766 Frances, copiados en los Códigos que alli se citan, y con el 954 Sardo.

De este modo se tira una línea divisoria é insuperable entre parientes legítimos y naturales, se consulta al decoro y sosiego de las familias, y al mismo tiempo se respetan la equidad y la justicia, negando á los parientes legítimos en la sucesion de los naturales los derechos de que estos se ven privados en la de aquellos.

ARTICULO 780.

Si el hijo natural reconocido muere sin dejar posteridad legítima ó reconocida por él, le sucederá por entero el padre ó madre que le reconoció; y si ambos le reconocieron y viven, le heredarán por partes iguales.

Conforme con el 765 Frances que dice simplemente «sin posteridad»: la amplificacion de nuestro artículo tiene por objeto escluir á los que no han sido reconocidos ó no han podido serlo como en el caso del artículo 132.

ARTICULO 781.

No quedando padre ni madre, heredarán los hermanos y hermanas naturales del difunto y los descendientes de ellos, aunque sean legítimos.

En este caso tendrán lugar las ventajas del doble vínculo y la representacion, segun lo dispuesto en las secciones tercera y cuarta, preliminares de este título.

Conforme con el 766 Frances y demas citados en el apéndice; el 550 de Vaud llama á los hermanos y hermanas, legítimos ó naturales.

Aunque sean legítimos. Esto será un efecto del derecho de representacion, por el que se subrogarán en el lugar y derechos de su padre ó madre natural, no de su propia calidad de legítimos.

Del doble vínculo: de consiguiente, se llevarán doble porcion los que por el reconocimiento resulten hermanos de parte de padre y madre.

ARTICULO 782.

En todos los casos de esta seccion, el viudo o viuda del difunto gozará de los beneficios expresados en la anterior.

Esto mismo queda establecido en el segundo párrafo del artículo 776, en que se reserva un tercio al viudo ó viuda, aun cuando los hijos escluyan á los parientes colaterales por no hallarse estos dentro del cuarto grado.

SECCION VI.

DEL DERECHO DEL ESTADO Á HEREDAR EN CIERTO CASO.

ARTICULO 783.

A falta de los que tengan derecho á heredar, conforme á lo dispues-

to en las secciones anteriores, heredará el Estado, salvo los derechos del viudo ó viuda.

Véase lo espuesto en el 772. Por Derecho Romano, en el caso de este artículo, sucedia el Fisco; pero con no pocas escepciones, bien honrosas por cierto á los Príncipes que las dictaron, á pesar de ser dueños del Fisco, y que no las han hecho los Códigos modernos ni nuestra legislacion Patria. *Intestatorum res, qui sine legitimo hœrede decesserint fisci nostri rationibus vindicandas*, ley 1, título 10, libro 10 del Código.

El Fuero Juzgo no menciona esta sucesion: la ley 3, título 5, libro 3 del Real, hoy recopilada 1, título 22, libro 10, la adjudica al Rey sin fijar grado: la 6, título 13, Partida 6, copia al Derecho Romano, llamando Cámara del Rey al Fisco; y en efecto eran una misma cosa.

Omito analizar el mencionado título 20, libro 10, y su ley 6 de 1786, en que es llamado el Fisco á falta de parientes dentro del cuarto grado: las dudas que sobre ella se suscitaron, han sido resueltas por decretos posteriores en sentido favorable al Fisco.

Pero es muy de notar, que, segun la 3 recopilada del título y libro citados (sus autores los Señores Reyes Católicos), se hallaba ya limitado entonces el derecho de suceder al cuarto grado, sin que se descubra cuándo ni por quién se habia introducido esta novedad contra la ley de Partida que lo fijaba en el décimo.

El último estado es el de la ley de Córtes de 16 de mayo de 1835, que conservó ó restableció la ley de Partida en cuanto al Fisco; pero la mejoró respecto de los hijos naturales y del cónyuge sobreviviente.

Conforme con el artículo 768 Frances, 331 de Vaud, 684 Napolitano, 962 Sardo, 923 de la Luisiana, Código Bávaro, libro 3, capítulo 12, número 10 de la sucesion colateral: no encuentro en los Códigos Austriaco y Prusiano disposicion especial, por la que en ningun caso pueda heredar el Estado.

Nulla res sine domino. Lo que no pertenece á nadie en particular, pertenece al Estado, como representante de la sociedad entera, segun el artículo 386, número 3: esta máxima, que puede decirse de derecho universal, tiene ademas la ventaja de evitar conflictos y turbaciones que nacerian de adjudicar los bienes del difunto al primero que los ocupase.

Pero como nuestro artículo 8 sea de derecho universal, los bienes inmuebles que el español poseyera, por ejemplo, en Francia, se regirian en el caso de este artículo por las leyes Francesas, y pertenecerian á aquel Estado, no al nuestro.

ARTICULO 784.

Los derechos y obligaciones del Estado, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos.

El Estado ó Físco no puede ni debe ser de mejor condicion que los otros herederos; mas como para heredar ha de preceder inventario, juicio y sentencia; nunca responderá con mas de lo que reciba.

Porque puede llegar el caso de este artículo, segun lo dispuesto en el 743, aun cuando uno muera con testamento, y entonces tendrá el Estado que cumplir las disposiciones del testamento con arreglo al 625.

ARTICULO 785.

Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios, ha de preceder sentencia judicial.

Asi se ha practicado siempre, y es de absoluta necesidad; pero esto no se opone á lo dispuesto por punto general en el artículo 554 (véase); tambien para los otros parientes, sobre todo en caso de contestacion, precede sentencia, y sin embargo gozarán del beneficio de aquel artículo; y lo mismo ha regido entre nosotros respecto de los mayorazgos, en cuanto al beneficio ó disposicion singularísima de la ley 45 de Toro, Recopilada 1, título 24, libro 11.

TITULO III.

DISPOSICIONES COMUNES Á LAS HERENCIAS POR TESTAMENTO Ó SIN ÉL.

CAPITULO PRIMERO.

De las precauciones que deben tomarse cuando la viuda queda en cinta (1).

ARTICULO 786.

Cuando á la muerte del marido, su viuda quede ó crea quedar en cinta, debe ponerlo dentro de un mes en noticia de aquellos que tienen derecho inmediato á la herencia, el cual desaparecerá, ó menguará con el nacimiento del póstumo.

His ad quos ea res pertinet, his quorum interest partum non edi.

(1) Véase el apéndice sobre esta materia.

Denunciari autem oportet his, quos proxima spes succesionis contingit, etc., párrafos 10, 12 y 14, ley 1, título 4, libro 25 del Digesto.

Las leyes 16 y 17, título 6, Partida 6, solo hablan de sucesiones intestadas y que se haga saber la preñez á los parientes mas propincuos; pero las mismas razones obran en las sucesiones testamentarias.

En nuestro artículo se limita la denuncia á una sola y en el primer mes; por las leyes Romanas y la 17 de Partida eran necesarias dos y en cada mes, hasta que los parientes quisiesen obrar: esto era exorbitante é inícuo, puesto que no podian alegar ignorancia, una vez hecha la denuncia.

Derecho inmediato: por ejemplo, á los sustitutos para el caso de no nacer el vientre, ó los herederos *ab intestato* del grado próximo, no á los mas remotos; por manera que el interes ha de ser directo é inmediato. Leyes 1, párrafos 10 al principio, 12, 13 y 14, y las 3 y 4, título 4, libro 25 del Digesto.

ARTICULO 787.

Los interesados podrán pedir al alcalde que se proceda oportuna y decorosamente á la averiguacion de si es ó no cierta la preñez.

La citada ley 17 de Partida, conforme con las Romanas, dispone que los parientes envien cinco buenas mugeres; el artículo requiere, tanto para la inspeccion ó exámen de la viuda, como para su depósito ó custodia y demas medidas conducentes á evitar la suposicion del parto, que se acuda al alcalde ó juez, á cuyo prudente arbitrio deja las medidas ó precauciones, en lugar de las minuciosas y desusadas que prescribe la ley de Partida tomada de la primera, título 24, libro 25 del Digesto.

Atendida la importancia y delicadeza de estos primeros pasos, conviene que sean autorizados por el alcalde ó juez, y lo serán por el segundo, siempre que haya oposicion y el asunto se haga contencioso.

ARTICULO 788.

Aunque resulte cierta la preñez ó los interesados no la contesten, podrán todavía pedir al juez que dicte medidas para evitar la suposicion del parto, y que el nacido pase por de vida, no siéndolo en realidad.

Conforme con las citadas leyes de Partida y Romana, párrafo 10, *Mulier in domo honestisimæ fœminæ pariat quam ego constituam:* «Si los parientes del muerto lo demandaren, el juez debe catar casa de alguna buena dueña é honesta, en que more esta muger fasta que para.»

Aunque por la inspeccion resulte cierta la preñez, ó los interesados no la pongan en duda, puede todavía temerse la suposicion del parto, ó que el nacido pase por de vida no siéndolo: el depósito y custodia de la viuda con otras medidas análogas pueden obviar estos peligros; pero debe preceder instancia de los interesados.

ARTICULO 789.

Cuando el resultado de las diligencias de averiguacion fuere contrario á la certeza de la preñez, y la viuda insista, á pesar de esto, en que aquella es cierta, podrá pedir al juez que, con audiencia de los interesados, le señale una casa honesta, donde sea guardada á vista y con todas las precauciones necesarias, hasta el tiempo natural del parto.

Aunque generalmente sea de gran peso la declaracion pericial, no debe cerrarse la puerta á la evidencia, cuando esta puede resultar física y naturalmente, como en el caso actual; á mas de que las declaraciones de peritos suelen fallar con frecuencia en esta materia, aun sin contar con la influencia de las pasiones; pero el artículo, unido al siguiente, concilia el derecho de la viuda, ó mejor dicho, el del vientre con el de los otros interesados, permitiendo que se repitan las diligencias de averiguacion.

ARTICULO 790.

En el caso del artículo anterior, podrán los interesados pedir en cualquier tiempo que se repitan las diligencias de averiguacion.

Vé lo espuesto en el artículo anterior.

ARTICULO 791.

Si el marido reconoció, en instrumento público ó privado, la certeza de la preñez, no podrá procederse á su averiguacion, pero sí á las diligencias prescritas en el artículo 788.

La primera parte del artículo no necesita fundarse: toda diligencia contraria al reconocimiento del padre, seria un atentado contra la legitimidad y la santidad del matrimonio; vé el artículo 104. Pero esta consideracion no quita el peligro ó temor á que se ocurre en el artículo 788, y por lo tanto se salva aqui su disposicion.

ARTICULO 792.

La viuda en cinta, aun cuando sea rica, debe ser alimentada com-

petentemente de los bienes hereditarios, habida consideracion á la parte que en ellos tendrá el póstumo, si nace y es de vida.

Conforme con la ley 7, título 22, Partida 5, y con la 1, párrafos 14 y 15, título 9, libro 37 del Digesto: *Ne prejudicium fiat ei quod in utero est: partus enim iste alendus est, qui si non tantum parenti cujus esse dicitur, verum etiam Reipublicæ nascitur*: y la 5 del mismo título; *ad rem non partinet, an dotem habeat unde sustentare se possit quia videntur quæ ita præstantur, ipsi præstari qui in utero est.*

Segun la ley 1 Romana, aunque la viuda era puesta en posesion de los bienes, se daba á estos y al vientre un curador á cuyo cargo corria dar alimentos á la primera *pro facultatibus difuncti, et pro dignitate ejus atque mulieris*; en el apéndice número 13 pueden verse los motivos de no haberse adoptado esta disposicion romana: la ley de Partida solo dice que «la viuda puede vivir é mantenerse en los bienes.»

Aun cuando sea rica: porque aquí los alimentos se dan al vientre y por consideracion suya; de consiguiente quedan salvos á la viuda sus derechos hereditarios del artículo 773.

ARTICULO 793.

Si la viuda no cumple con lo prevenido en el artículo 786, ó no guarda las medidas dictadas por el juez ó alcalde, podrán estos negarle los alimentos. Sin embargo, cuando en este último caso resultare cierta la preñez por averiguaciones posteriores, se deberán los alimentos como si desde el principio hubiere resultado cierta. De todos modos, la omision de la madre no perjudica á la legitimidad del parto, cuando por otros medios legales constare de ella.

Ha sido tomado, aunque dándole mayor espresion y claridad, de las citadas leyes Romana y de Partida. La viuda contumaz no merece alimentos, aunque *si per rusticitatem aliquid fuerit omissum, non obest partui*. Ley 1, párrafo 15, título 4, libro 25 del Digesto, y la 2 añade: *si non malitia sed imperitia mulieris factum fuerit, etc.*, y mucho menos cuando posteriormente resulte cierta la preñez, y la verdad, prevaleciendo sobre el error ó la pasion, recobra todos sus derechos anteriores: pero de todos modos ni la omision, y ni aun la malicia de la madre puede perjudicar á la legitimidad del parto: vé el artículo 102.

ARTICULO 794.

Aun cuando resulte que la preñez no era cierta ó se siga el aborto, no podrán reclamarse de la viuda los alimentos que haya percibidos

Por Derecho Romano la viuda respondia de los alimentos si *scien.*

prudensque se prægnantem non esse consumpserit, párrafo 28 de la ley 1, título 9, libro 37 del Digesto: las Partidas callan sobre este caso.

Nuestro artículo hace siempre irresponsable á la madre, ya por lo difícil de probar la calumnia ó fraude, ya porque las diligencias alejan todo temor y posibilidad de ella, ya porque segun la hermosa espresion de Ulpiano (libro 1, párrafo 2, título 9, libro 37 del Digesto), *æquius est vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari, aliquando alimenta ei qui dominus bonorum aliquo casu futurus est*: lo mismo se repite en el párrafo 14, y este pensamiento en su fondo fué adoptado por la ley 7, título 22, Partida 3: «El Judgador non ha porque fazer gran escodriñamiento, si non oirlo é librarlo llanamente:: dando la muger pruebas ó presunciones que era muger legítima del difunto, é que fincara preñada dél magüer las pruebas fuessen dubdosas, é non lo dixesen claramente.»

ARTICULO 795.

El juez procederá sumariamente en el punto de alimentos, resolviendo las dudas en sentido favorable al póstumo.

Conforme con la citada ley 7 de Partida, y la 1, párrafo 14, título 9, libro 37 del Digesto: «El Judgador debe librar el pleito por sentencia llanamente magüer non sepa de rayz la verdad:» *summatim de re cognoscat: si dubitari de re poterit operam daret ne prejudicium fiat ei quod in utero est*: pero esto corresponderá al Código de procedimientos civiles.

ARTICULO 796.

Si la viuda tiene otros hijos de su difunto esposo, que sean todos menores de edad y estén bajo su potestad, continuará en la administracion de los bienes hereditarios.

En otro caso se estará á lo que acuerden los coherederos del póstumo; y, si no se avienen, dará el juez la administracion provisional bajo fianza á uno de los coherederos, pudiéndolo ser la muger en el caso de que represente como tutora á algun coheredero.

Si los interesados son tales que deben ser escluidos por el póstumo caso de nacer y ser de vida, el Juez nombrará administrador provisional bajo fianza.

Los motivos de este artículo, que es contrario al Derecho Romano y al nuestro, pueden verse en el apéndice: el primer párrafo del artículo se funda en el 164, que atribuye á la madre la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones sobre sus hijos menores: de consiguiente, tendrá la administracion de los bienes á nombre de estos.

ARTICULO 797.

Para las diligencias del artículo anterior será citada la viuda, y oida en caso de mostrarse parte.

Es una consecuencia del artículo anterior; la viuda es interesada por la sola presuncion y esperanza de maternidad; debe, pues, ser citada y oida.

ARTICULO 798.

Hasta que la viuda en cinta haya parido ó abortado se suspenderá la division de la herencia entre los coherederos del póstumo, sin perjuicio de que sean pagados los acreedores por el administrador, prévio mandato judicial, cuando aquel no sea uno de los coherederos.

Los motivos de la primera parte del artículo pueden verse en el apéndice: en cuanto á la segunda, el coheredero administrador es tan interesado como el vientre en no pagar créditos ilegítimos, y por esto se le dispensa de la necesidad del mandato judicial.

ARTICULO 799.

Verificado el parto ó aborto, el administrador judicial cesará en su encargo y dará cuentas á los que resulten ser verdaderos herederos.

Tandiu autem venter in possesionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse pregnantem, párrafo 17, ley 1, título 9, libro 37 del Digesto.

Nuestras leyes de Partida solo hablan de la sucesion intestada, y cuando el vientre ha de heredar á su padre: nuestro artículo es mas esplícito y absoluto, siguiendo en esto al Derecho Romano que comprendia tambien las herencias testamentarias, y el caso de línea colateral como el de la recta descendente.

Advierto por último, que, asi como el artículo 103 sobre la legitimidad ó ilegitimidad de los hijos se aplica al caso de separacion definitiva ó provisional por divorcio, así tambien deben aplicarse respectivamente al mismo las disposiciones de este capítulo, segun se dispone en el artículo 81, número 6: el título 4, tantas veces citado, libro 25 del Digesto, en su ley 1, habla espresa y principalmente de este caso.

SECCION PRIMERA.

DE LOS BIENES SUJETOS A RESERVA (1).

Entre los Códigos modernos solo el Sardo admite la reserva, y la encierra en tres artículos.

En el 146 dice: «El que, teniendo hijos de un primer matrimonio, contrae segundo, está obligado á reservarles la propiedad de todo lo que haya recibido del difunto esposo á título de regalo, en virtud de convenciones matrimoniales, ó por donaciones, instituciones ó legados.»

147: «La propiedad de los bienes antes designados pasa, no obstante toda renuncia general y sin distincion de sexo, á los hijos del primer matrimonio ó á sus descendientes, con tal que sobrevivan al padre ó á la madre binubos, aunque no sean sus herederos, ni del padre ó de la madre antes muerto; sin embargo, si uno de los hijos habia sido justamente desheredado por el esposo difunto, su porcion acrece á los otros hijos del primer matrimonio.

Pero si el desheredado fuere el único hijo ó descendiente que hubiera sobrevivido, adquirirá la propiedad de los mencionados bienes, á pesar de su desheredacion.»

148: «La disposicion de los dos artículos anteriores no es aplicable al caso en que el difunto esposo haya declarado espresamente en las capitulaciones matrimoniales ó por acto de última voluntad, que el sobreviviente conservará la propiedad de los tales bienes aun cuando repita matrimonio.»

ARTICULO 800.

El viudo ó viuda que pasase á segundo matrimonio, estará obligado á reservar á sus hijos ó hijas y descendientes legítimos del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, donacion, ú otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima; pero no su mitad de bienes gananciales.

Conforme con la ley 3 y siguientes, título 9, libro 5 del Código, y con las 2, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; 1, título 2, libro 3 del Real; 26, título 13, Partida 5, 6 y 7 Recopiladas, título 4, libro 10.

El objeto de esta disposicion, mas que vengar la pretendida injuria hecha á la memoria del difunto esposo, es el favorecer á los hijos del primero, generalmente postergados por el padre ó madre binubos: véase el apéndice.

(1) Véase el apéndice sobre esta materia, número 13, donde dice «Bienes reservados» que contiene el origen y los motivos de toda esta Seccion.

Descendientes legítimos: pero estos sucederán, por el derecho de representacion, segun lo establecido en la Seccion II, del título 2 anterior.

Pero no su mitad: conforme con la ley 6 Recopilada; el cónyuge adquiere la propiedad de su mitad de gananciales desde luego que se hacen, y la adquiere por su derecho propio por la sola disposicion de la ley á virtud de un contrato de sociedad; y muchas veces el cónyuge binubo habrá sido el autor de las ganancias.

ARTICULO 801.

La disposicion del artículo anterior comprende tambien los bienes que el viudo ó viuda adquirió de uno de los hijos ó hijas del primer matrimonio por alguno de los títulos espresados, y los que hubo de los parientes del difunto consorte por consideracion á este.

Véase lo espuesto en el número 6 del apéndice, que comienza: «Respecto de los bienes procedentes de uno de los hijos del primer matrimonio.»

Los que hubo de los parientes, etc: Véase lo espuesto en el número 5 del apéndice: este punto era muy dudoso en Derecho Romano y Patrio; cortando dudas y cuestiones, se hace un beneficio.

ARTICULO 802.

La reserva tiene lugar, aunque el difunto consorte haya autorizado al viudo ó viuda para repetir matrimonio, y este haya sido contraido con anuencia de los hijos del primero: tiene tambien lugar aunque el padre ó madre haya vuelto á enviudar, y muera en tal estado.

En cuanto á la primera parte del artículo, véase lo espuesto en el número 12 del apéndice; y en cuanto á la segunda del cónyuge binubo que vuelve á enviudar y muere en tal estado, véase lo espuesto en el número 10.

ARTICULO 803.

Cesa la obligacion de la reserva, cuando los hijos del primer matrimonio, mayores de edad, renunciaron espresamente á ella, y en las cosas que dejaron ó donaron á su padre ó madre, sabiendo que estaban ya segunda vez casados.

Cada cual puede renunciar al beneficio ó derecho establecido en su favor: en el segundo caso del artículo es tambien evidente la voluntad

del hijo sobre eximir de la reserva, lo que dona ó deja á sus padres binubos.

ARTICULO 804.

Cesa además la reserva, si, al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero, aunque existan sus herederos.

Conforme con la Novela 2, capítulo 2; con la 22, capítulo 26, y con la ley 3, párrafo 1, título 9, libro 5 del Código: el objeto de la reserva es favorecer á los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, no á sus herederos, respecto de los cuales no obran las consideraciones porque fué introducida.

ARTICULO 805.

A pesar de la obligacion de la reserva, puede el padre ó madre, segunda vez casado, mejorar á cualquiera de los hijos del primer matrimonio, conforme á lo dispuesto en los artículos 652 y 654.

Por la citada ley 3, título 9, libro 5 del Código, se hallaba establecido esto mismo; pero fue corregido por la Novela 22, capítulo 25, de donde fué tomada la auténtica de la misma ley. *Lucrum hoc æqualiter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur*: en el número 7 del apéndice doy los motivos de esta innovacion.

ARTICULO 806.

Si el padre ó madre no hubiere usado, en todo ó en parte, de la facultad del artículo anterior, los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes de la reserva por las reglas prescritas en la Seccion primera, capítulo 2 del título anterior, aunque á virtud de testamento hubieren heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó hubieren renunciado ó repudiado su herencia.

El hijo desheredado justamente por el padre ó por la madre, pierde todo su derecho á la reserva; pero si tiene hijos ó descendientes legítimos, será representado por ellos.

En el caso de este artículo suceden los hijos y descendientes por derecho propio, y por la sola disposicion de la ley. No debe por lo tanto tenerse en cuenta si heredaron ó no, y por partes iguales ó desiguales, al padre ó á la madre que primeramente murió, ó al viudo ó viuda binubos.

El hijo desheredado: conforme con la ley 10, del libro y título del Código mencionados, y con el artículo 147 Sardo, citado en cabeza de

esta Seccion: pero nuestro artículo guarda consecuencia con los 623 y 673, pues, aunque aqui no se trata de la legítima, sino de bienes reservados, hay sin embargo los mismos motivos de equidad para que la desheredacion del padre no perjudique á sus hijos inocentes.

ARTICULO 807.

El viudo ó viuda, al repetir matrimonio, harán inventariar todos los bienes sujetos á reserva y tasar los muebles.

Está conforme en cuanto á los bienes muebles con la ley 6, párrafo 1, título 9, libro 5 del Código, que es muy minuciosa en este particular: la tasacion en los muebles es necesaria por su mayor facilidad en desaparecer ó deteriorarse, y porque, según el artículo 809, son válidas sus enagenaciones.

ARTICULO 808.

La enagenacion que, de los bienes inmuebles sujetos á reserva, hubiere hecho el viudo ó viuda, antes ó despues de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero.

La citada ley 6, hablando de las cosas inmuebles, dice: *usufructu duntaxat vitæ suæ temporibus potiatur, alienatione earum penitus interdicta*; pero no hay exactitud en comparar este caso al de un simple usufructuario que no tiene ni derecho eventual ni esperanza á la propiedad; y por el contrario, el cónyuge binubo la adquirirá irrevocablemente en el caso del artículo 804, y entretanto la conserva aunque revocable y pendiente de aquel evento ó condicion: por otra parte, hay interes público en la estabilidad de los contratos, y ningun perjuició pueden sentir los hijos del primer matrimonio, en que subsistan las enagenaciones, para cuando ni vivan ellos ni existan descendientes legítimos suyos.

ARTICULO 809.

Las enagenaciones de los bienes muebles, hechas antes ó despues de contraer segundo matrimonio, son válidas.

Conforme con la citada ley 6 del Código, *erit licitum parti quæ fidejussionem præbuerit his rebus mobilibus uti frui, easdemque dare mutuo, vel obligare vel vendere*: la tasacion que de ellos se hace y la seguridad del artículo siguiente alejan todo peligro; y por otra parte la naturaleza de los muebles los hacen mas favorables en ciertos casos, como se vé en los artículos 892 y 1178, y en todo el capítulo 5 del título 24.

ARTICULO 810.

El viudo ó viuda, al repetir matrimonio, deberan asegurar con hipoteca:

1.° *La restitucion de los bienes muebles no enagenados, en el estado que tuvieren.*

2.° *La devolucion del precio que recibió por los bienes muebles enagenados ó el valor que tenian al tiempo de la enagenacion, si esta se hubiere hecho á título lucrativo.*

3.° *La devolucion del precio de los bienes muebles consumidos antes ó despues de repetir matrimonio.*

4.° *La devolucion del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiere enagenado antes de repetir matrimonio.*

5.° *La buena administracion de los bienes inmuebles no enagenados.*

La misma ley 6 del Código no exige hipoteca sino *idoneam fidejussionem, quod easdem res mobiles vel earum pretium filiis et filiabus ex eodem matrimonio procreatis vel post mortem eorum nepotibus et neptibus ex eisdem liberis procreatis sive omnibus sive uno unave superstite mori contigerit, secundum legum modum restituat*: la hipoteca ofrece mayor seguridad; vé el artículo 1787, número 6.

Número 1. *En el estado que tuvieren*; y el importe de los deterioros por culpa ó negligencia.

Número 4. *Antes de repetir matrimonio:* el adquirente merece en este caso por su buena fé que se provea á su seguridad: el que los adquiere despues de repetido el matrimonio sabe ya que los ha de perder quedando hijos ó descendientes legítimos del primero.

Número 5. El cónyuge binubo no debe ser de mejor condicion que el padre ó madre en los bienes adventicios de sus hijos; y ambos tienen esta misma obligacion segun los artículos 156, y el número 5 del 1787.

ARTICULO 811.

Las diligencias de inventario, tasacion y constitucion de hipoteca, se practicarán con intervencion de los interesados en ellas.

Conforme con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1842.

ARTICULO 812.

No pudiendo dar hipoteca el viudo ó viuda, se observará lo dispuesto en el artículo 150.

En esta parte el padre ó madre binubos son equiparados al simple

usufructuario, porque en uno y otro caso hay los mismos peligros y temores, y la misma imposibilidad de asegurar por otro medio los derechos de los propietarios.

ARTICULO 813.

Lo dispuesto hasta aqui para el caso de segundo matrimonio rige igualmente en el tercéro y ulteriores.

En el caso de tercero ó ulterior matrimonio *utraque soboles proprii accipiet patris antenuptialem donationem*, Novela 22, capitulo 29; es decir, que los hijos de cada matrimonio adquirirán lo que el cónyuge binubo tenia de su respectivo padre ó hermano: está pues conforme el artículo con la Novela citada.

Lo está igualmente con la ley recopilada 6, título 4, libro 10 (14 de Toro), «aunque casen segunda ó tercera vez ó mas:» y en efecto, los motivos de la reserva á favor de los hijos de primer matrimonio, cuando se pasa á segundo, obran igualmente á favor de los hijos de este cuando se pasa á tercero, y asi sucesivamente.

ARTICULO 814.

El viudo ó viuda que, en tal estado, tuviere un hijo natural y le reconociere ó se declare judicialmente ser suyo en los casos que á esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva.

Véase lo espuesto en el artículo 161, aunque realmente el caso de allí es algo diverso.

Véase tambien lo espuesto en el número 15 del apéndice número 10 donde me incliné á la opinion de Antonio Gomez, contraria á la de otros autores, que ha sido sancionada en este artículo.

Y en verdad que, derogada por la ley 9 de Toro, hoy recopilada 5, título 20, libro 10, la 11, título 13, Partida 6, que igualaba á los hijos ilegítimos con los legítimos para heredar á la madre, y no pudiendo ya esta, asi por la legislacion vigente como por el nuevo Código, dejar al hijo natural mas que el quinto disponible á favor de estraños, no se descubre hoy la necesidad de la reserva en el caso del artículo.

La Comision opinó de otro modo; mas para guardar consecuencia con el artículo 161, y evitar pleitos escandalosos entre padres é hijos, fijó como tipo ó condicion indispensable la existencia de un hijo natural, ó declarado judicialmente ser suyo, segun los artículos 131 y 132.

Limitada la reserva á este solo caso, no se hace entre *viudo y viuda* la distincion que en el artículo 161, y que aun en esta materia han

admitido unánimemente los intérpretes, *quia sexus muliebris est debilior et fragilior; unde cum illo vitio et improba vita præsumitur: masculus vero constantior et fortior est, et in eo non tantum exardet stimulus et concupiscentia carnis*; Gomez, número 14, á las leyes 14, 15 y 16 de Toro.

SECCION II.

DEL DERECHO DE ACRECER.

ARTICULO 815.

En las herencias sin testamento la parte del que repudia acrece siempre á sus coherederos.

Es una consecuencia forzosa de lo establecido sobre el órden de heredar en el capítulo 2 del título anterior: ¿á quién puede ir la parte repudiada, sino á los llamados por la ley para heredar al que murió sin testamento?

ARTICULO 816.

En las herencias sin testamento el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando dos ó mas son llamados por el testador á una misma herencia ó á una porcion de ella, sin designacion especial de partes á cada uno de los llamados.

En tal caso la parte del que no quiere ó no puede aceptar acrece á la del coheredero ó coherederos con las mismas cargas y obligaciones.

El coheredero ó coherederos no pueden aceptar su parte personal y renunciar la que acrece, ni al contrario.

La cuestion sobre el derecho de acrecer fué de las mas difíciles y perplejas de la legislacion Romana. Entre los herederos era una necesidad del derecho, porque nadie podia morir testado en parte, y en parte intestado: asi es que tenia lugar aunque el testador la hubiese prohibido.

En los legados, por el contrario, procedia de la sola voluntad presunta del testador que, legando una misma cosa á muchos, daba á entender que preferia á cada uno en el todo de ella si faltaban los otros; pero esta presuncion cedia á la voluntad espresa, y de consiguiente el testador podia prohibirlo.

El derecho de acrecer no tenia lugar en los contratos, pero sí en las donaciones *mórtis causa*, porque en casi todo se equiparaban á los legados, ley única, párrafo 14, título 51, libro 6 del Código.

Las leyes 14 y 15, título 3, Partida 6, habian copiado las Romanas en punto á los herederos; pero se entendieron corregidas por la

recopilada 1, título 18, libro 10, cuya disposicion tenemos adoptada en el artículo 553.

Así el derecho de acrecer entre los herederos solo tendrá lugar, como entre los legatarios, cuando se funde en la voluntad presunta del testador, que es el caso de este artículo.

La ley 33, título 9, Partida 6, copió tambien las Romanas en cuanto al derecho de acrecer entre los legatarios; pero no puso ejemplos sino de los conjuntos *re et verbis et re tantum*: «mando á fulano, ó á fulana tantos maravedis, ó tal cosa: : mando á fulano tal mi viña; é despues dijesse en el mismo testamento, que mandava aquella misma viña á otro.»

Las leyes Romanas hablan ademas de los conjuntos *verbis, non etiam re, Titio et Sejo fundum æquis partibus do lego*. Ley 89, libro 32 del Digesto; y es cuestion reñidísima entre los intérpretes si ha lugar al derecho de acrecer en este caso.

En el artículo siguiente se decide este punto segun la opinion de Vinio, números 15 y ulteriores, párrafo 8, título 20, libro 2, Instituciones, y nuestro Gomez contra Voet, número 61, libro 30, como la han decidido los artículos 866 Sardo y 1049 Holandes, y como evidentemente lo prueba la citada ley 89 Romana, pues da la preferencia á los conjuntos *verbis tantum* sobre los conjuntos *re*, y nadie ha negado á estos el derecho de acrecer. La 80 del mismo libro 32 da sobre los conjuntos la regla siguiente: *conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est, totam hereditatem et tota legata singulis data esse; partes autem concursu fieri.*

El derecho de acrecer. Los artículos 1044 y 1045 Franceses, en que se trata del derecho de acrecer, hablan solo de legatarios; bien que, segun los 1002 y 1003, Institucion de heredero y legado universal son sinónimos.

El 865 al 868 Sardos hablan solo de herederos, y lo dispuesto acerca de estos se aplica en el 870 á los legatarios.

Las leyes Romanas y de Partidas hablan de unos y otros en diferentes títulos, porque el fundamento del derecho de acrecer era distinto para los herederos que para los legatarios. Pero ahora, segun llevo dicho, es el mismo para unos y otros, á saber, la voluntad presunta del testador, y por lo tanto se ha seguido el órden del Código Sardo, aunque mejorando á mi entender su redaccion.

Segun el artículo 1044 Frances, se entiende hecho el legado conjuntamente cuando se hace por una *sola y misma disposicion sin designacion* de partes: el 865 Sardo usa de la palabra *oracion*, que me parece mas propia. Los dos se refieren á los que en Derecho Romano se llaman conjuntos *re et verbis*.

El 1045 Frances y 870 Sardo se refieren á los conjuntos *re tantum*, cuando en un mismo testamento, aunque en distintas oraciones, se deja á dos ó mas una misma cosa *que no es susceptible de division sin deteriorarse.*

Esta distincion contraria al Derecho Romano y al nuestro es inadmisible. La voluntad presunta del testador obra igualmente, préstese ó no la cosa á cómoda division, y debe haber lugar al derecho de acrecer aun en el legado conjunto de cantidad ó cosa fungible como procedia en Derecho Romano, segun Voet, número 65, libro 30, á pesar de la ley 79, libro 30 del Digesto, y está espreso en la ley 35, título 9, Partida 6. «Mando á fulano ó á fulana tantos maravedis ó tal cosa.» Pero esto se entiende cuando el testador quiso legar una sola y determinada cantidad á todos, de modo que, aunque concurran, no se haya de dar íntegra á cada uno.

Con las mismas cargas. Asi estaba dispuesto por Derecho Romano respecto de los herederos, pero habia diferencia entre los legatarios. Si eran conjuntos *re et verbis, portio deficiens volenti tantum, vel separatim invito quidem sed sine onere*, ley única, párrafo 11, título 51, libro 6 del Código.

La razon en que funda Justiniano esta diferencia no satisface, aunque la haya adoptado Rogron en su comentario al artículo 1045 Frances, y se ha preferido la sencillez del artículo 872 Sardo que iguala los legatarios de toda especie con los herederos.

El coheredero. Queda esplicado con lo dicho arriba, y es conforme á nuestros artículos 706 y 707, y á los 868 y 872 Sardos: el Código Frances no está espreso sobre este párrafo y el anterior.

ARTICULO 817.

La espresion por partes iguales no se tiene por designacion para impedir el derecho de acrecer.

Estos son los que en Derecho Romano se llaman conjuntos *verbis non etiam re.* Véase lo espuesto en el artículo anterior donde cito los artículos 866 Sardo y 1049 Holandes que asi lo establecen, y era la opinion mas autorizada en Derecho Romano; sin embargo, Vinio, acérrimo sostenedor de aquella opinion, niega rotundamente el derecho de acrecer en este caso. «Lego á Mevio la mitad de aquella heredad, lego á Seyo la mitad.»

Yo no lo veo tan claro, porque entre este caso y el de legar por partes iguales ó mitades no hay diferencia alguna real y razonable.

La palabra *parte* sola significa la mitad, ley 9, título 33, Partida 7, *si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur*, ley 164, título 16, libro 50 del Digesto: vé el artículo 626.

ARTICULO 818.

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se observará igualmente en los legados.

Queda esplicado con lo espuesto en el artículo 816.

ARTICULO 819.

Cuando, segun lo dispuesto en los tres artículos anteriores, haya lugar al derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente á un usufructo, la porcion del que falta acrecerá siempre al sobreviviente, aunque aquel haya aceptado el legado.

In usufructu hoc plus est, quia et constituitur et postea amissus nihilominus adcrescendi jus admittit: quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas, ley 1, párrafo 3, título 2, libro 7 del Digesto, y artículo 870 Sardo. La porzione del mancante si acrescerá sempre ai superstiti, anche quando venga á mancare dopo l'accettazione del legato.

Se ha admitido en esta parte la disposicion del Derecho Romano, porque es muy conforme á la naturaleza del usufructo. Legada la propiedad conjuntamente, si uno de los legatarios muere despues de haber aceptado su parte, la trasmite á sus herederos sin que acrezca al colegatario, mas no puede trasmitirla en el legado de usufructo, como que éste se acaba siempre por la muerte del usufructuario.

Asi, ó habria de consolidarse con la propiedad ó acrecer al colegatario; y esto parece mas natural puesto que el testador prefirió en el usufructo á todos y á cada uno de los legatarios, dando á entender con esto su voluntad de que solo por la muerte ó renuncia de todos tuviese lugar la consolidacion.

Pero no puede admitirse la otra disposicion Romana, segun la que gozaba del derecho de acrecer aun el legatario que habia renunciado su parte propia del usufructo. Esto pugna con la disposicion general y sencilla del artículo 816, que ha sido adoptada rechazando las sutiles y complicadas distinciones del Derecho Romano entre los legatarios conjuntos *re et verbis*, y los conjuntos *re tantum*.

Observaré por último, que todo lo que se encuentra en los discursos ó motivos del Código Frances sobre esta intrincada materia, se reduce á lo siguiente: «Toda la antigua teoría del derecho de acrecer se encuentra clarísimamente reducida á dos artículos.» Son los 1044 y 1045; y por el análisis que de ellos he hecho, se echa de ver que distan mucho de encerrar toda la teoría y con toda claridad.

SECCION III.

DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA.

ARTICULO 820.

La aceptacion y repudiacion de la herencia son actos libres y voluntarios.

Conforme con el 775 Frances, 1090 Holandes, 692 Napolitano, 980 Sardo, 970 y 971 de la Luisiana, 715 de Vaud.

Nec emere nec donatum adsequi, nec damnosam quisquam hereditatem adire compellitur, ley 16, título 30, libro 6 del Código: sin embargo, el mismo Derecho Romano reconoció la division de herederos *en suyos, necesarios y estraños;* y los efectos de esta division eran diferentes en cuanto á aceptar ó repudiar la herencia: la ley 21, título 3, Partida 6, la copió; nuestro artículo la destierra como lo estaba ya en la práctica, porque la aceptacion de la herencia produce obliga ciones, y nadie puede quedar obligado contra su voluntad.

ARTICULO 821.

Los efectos de la aceptacion y repudiacion se retrotraen siempre á la muerte de aquel á quien se hereda.

Conforme con el 777 Frances, 1093 Holandes, 694 Napolitano, 981 de la Luisiana y 987 Sardo.

Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur, ley 138, título 17, libro 50 del Digesto. *Omnia fere jura hæredum perinde habentur ac si continuo sub tempus mortis hæredes extitissent*, ley 193 idem. *Hæres quandoque adeundo hæreditatem jam tunc á morte successisse defuncto intelligitur*, ley 54, título 2, libro 29 del Digesto.

Está ademas en armonia con los artículos 550 y 554.

ARTICULO 822.

La aceptacion ó repudiacion no puede hacerse condicional ni parcialmente.

La repudiacion no perjudica á los que tengan derecho á porcion legítima para reclamarla.

Si quis ita dixerit, si solvendo hereditas est, adeo hereditatem; nulla aditio est, ley 51, párrafo 2, título 2, libro 29 del Digesto, y

la 77, título 16, libro 50, seguidas por la 15, título 6, Partida 7, que añade: «Que entre la herencia con condicion de la aver quanta quier que sea.»

El artículo 980 de la Luisiana dice: «El que tiene la facultad de aceptar una herencia por entero, no puede dividir su aceptacion, y no aceptarla sino en parte:» el 1009, «no se puede aceptar ni repudiar una herencia bajo condicion.»

La repudiacion: este párrafo no era de necesidad, porque la porcion legítima es una deuda; y ademas, segun el artículo 743, número 3, en este caso se heredaria ab intestato y de consiguiente heredarian los mismos á quienes se debe la legítima.

ARTICULO 823.

Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de haber muerto aquel de cuya herencia se trata, y de su derecho de heredero.

In repudianda hereditate, vel legato, certus esse debet de suo jure is qui repudiat, leyes 23 y 93, título 2, libro 29 del Digesto. *Si quis dubitet vivat testator, necne: repudiando nihil agit*, ley 3: *Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem*, ley 19 del mismo título, con las que está conforme la 14, título 6, Partida 3.

Lo mismo se establece en los artículos 973 al 979 de la Luisiana; y aunque, tanto por estos, como por el Derecho Romano y Patrio, se exige ademas que se haya verificado la condicion de la institucion, nuestro artículo no lo exige: muerto ya el testador, ¿por qué no ha de poderse admitir ó renunciar un derecho condicional?

ARTICULO 824.

Pueden aceptar ó repudiar todos los que tienen la libre administracion de sus bienes.

Respecto á los que están sujetos á la patria potestad, tutela ó curaduria, se observará lo dispuesto en el artículo 244.

En el caso del artículo 610, pertenece la aceptacion de la herencia á las mismas personas designadas en él para la distribucion de las mandas y legados.

Por la aceptacion de la herencia se contraen obligaciones: por la repudiacion se enagenan ó dejan de adquirirse derechos: ni uno ni otro puede hacerse por el que no tenga la libre administracion de sus bienes.

A la patria potestad. Y como en este caso no hay consejo de familia como en el de tutela y curaduria, parece conforme al artículo 158

que el padre necesite de la aprobacion judicial siempre que el tutor ó curador necesiten de la del consejo.

El segundo y tercer párrafo del artículo son consecuencias del primero: la aceptacion ó repudiacion tiene que hacerse por los representantes legales de las personas incapaces de aceptar ó repudiar, y con las precauciones que la ley señala para estos casos especiales.

Atendidos los artículos 312, 320 y 331, lo dispuesto en este para las personas sujetas á curaduria, habrá de entenderse tambien con el ausente, supliéndose la intervencion del consejo de familia por la aprobacion judicial: el artículo 715 de Vaud es mas espreso, é iguala en este punto al curador del ausente con el del menor.

ARTICULO 825.

Si la herencia ha recaido en corporaciones ó establecimientos capaces de adquirir, podrá ser aceptada tan solo á beneficio de inventario por la persona ó personas que legalmente los representen.

Para repudiarla es necesario autorizacion judicial con audiencia del ministerio público.

Véase el artículo 33. Estas corporaciones ó establecimientos son asimilados á los menores: por eso es necesario para la aceptacion el beneficio de inventario, segun se dispone para aquellos en el artículo 244, y para la muger en el siguiente 826, á fin de que nunca queden obligados á mas de lo que heredaron.

Pero los menores tienen un padre ó un tutor con un consejo de familia y la muger tiene un marido: el celo y prudencia de unos y otros hace innecesaria la autorizacion judicial para repudiar la herencia: el caso de las corporaciones ó establecimientos es mas desventajoso, y es preciso suplir esta desventaja con la indicada autorizacion, prévia audiencia del ministerio público.

El artículo 1092 Holandes dice: «Las disposiciones de última voluntad en provecho de los hospicios, caja de pobres ú otros establecimientos públicos ó religiosos, no podrán ser aceptadas sin la autorizacion del rey, y solamente á beneficio de inventario:» la misma autorizacion es necesaria por nuestros artículos 608 y 609 tales como están, y por los que, segun mi observacion hecha allí, les fueron sustituidos.

ARTICULO 826.

La muger casada no puede aceptar ni repudiar la herencia sino con la licencia de su marido; y en su defecto con la aprobacion del juez.

En todo caso no puede aceptar sino á beneficio de inventario.

Vé lo espuesto en los dos artículos anteriores y en el 63.

Nuestro artículo provee al interes de las mugeres mejor que la ley 54 de Toro, ó recopilada 10, título 20, libro 10, segun la que podian repudiar con la simple licencia del marido, y no era necesario el inventario sino para aceptar sin dicha licencia. La muger casada viene á ser por las leyes un menor de edad privado del consejo de familia; ¿por qué, pues, no hacer inventario en todo caso, mayormente cuando interesa para la responsabilidad del marido y para poner en claro las ganancias?

ARTICULO 827.

Contra la aceptacion y repudiacion una vez hechas no hay diferencia entre los herederos por razon de su edad ó calidad, y ninguno de ellos podrá impugnarla por motivo alguno, ni el de restitucion, salvo si intervino dolo ó violencia.

Las leyes 18 y 20, título 6, Partida 6, imitando al Derecho Romano, concedian restitucion contra la renuncia ó repudiacion de la herencia al menor de 25 años, y al hijo ó nieto, aun mayores de 25: pero nosotros desconocemos por punto general el beneficio de restitucion Romano y Patrio, (véase el párrafo 2, seccion 10, capítulo 5, tít. 5, libro 3), y ademas habemos tomado todas las precauciones posibles para que los menores y personas sujetas á curaduría no sean perjudicadas en esta materia; y como por otra parte la aceptacion y repudiacion sean actos de tanta trascendencia para los derechos y obligaciones de muchos, ha parecido justo y conveniente darles una completa estabilidad, salvo si intervino dolo ó violencia, porque entonces no hubo consentimiento, y de consiguiente fueron nulas la aceptacion y repudiacion: vé el artículo 1175.

ARTICULO 828.

La herencia puede ser aceptada pura y simplemente ó á beneficio de inventario.

Es el artículo 774 Frances, 1090 Holandes, 979 Sardo, 691 Napolitano, 712 de Vaud.

Los efectos de la aceptacion pura y simple están en el artículo 834; los de la aceptacion á beneficio de inventario en el 856. La aceptacion se entiende pura y simple mientras el heredero no reclame la formacion de inventario y no lo principie ó concluya, segun se dispone en la seccion siguiente; vé el artículo 850.

ARTICULO 829.

La aceptacion pura y simple puede ser espresa ó tácita.

Espresa es la que se hace en instrumento público ó privado.

Tácita, la que se hace por actos que suponen necesariamente la calidad de heredero y su intencion de aceptar.

No se comprende en estos actos los de mera conservacion ó administracion provisional.

Conforme con los 778 y 779 Franceses, 695 y 696 Napolitanos, 988 Sardo, 1095 Holandes, 982 de la Luisiana, 8 Bávaro, capítulo 1, libro 3, y 721 de Vaud.

Potest aut pro herede gerendo aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur si rebus hereditariis tamquam heres utatur:: Pro herede enim gerere est pro domino gerere; párrafo 6, título 19, libro 2, Instituciones. *Pro herede gerere videtur is qui aliquid facit quasi heres, quoties accipit quod citra nomen et jus heredis accipere non potest*, ley 20 al principio, título 2, libro 29 del Digesto.

«E aun se puede esto facer por fecho, maguer non lo diga paladinamente:: Como si el heredero usasse de los bienes de la herencia assi como heredero é señor.» Ley 11, título 6, Partida 6.

Esta es la que en nuestro artículo se llama aceptacion *tácita* (gestion por heredero) y en el Derecho Romano está amplificada con gran variedad de ejemplos que ocupan largamente á sus intérpretes.

La citada ley 11 de Partida es mucho mas parca en ejemplos, aunque pone algunos: la voluntad se esplica por hechos con tanta y aun con mayor energía que por palabras.

Como un buen Código no debe contener sino reglas generales, claras y sencillas, vale mas imitar al Frances y otros calcados sobre él; pero esto no quitará que haya dudas y pleitos en muchos casos, segun la diversidad de los actos. El Digesto, compilado de las respuestas de los mas célebres Jurisconsultos, contiene reglas ó principios generales, pero sin órden, y anegados en una infinidad de casos.

Los de mera conservacion, etc.

Como alimentar y hacer curar á los esclavos hereditarios, guardar los bienes para que no se pierdan, ni menoscaben, son los ejemplos de las leyes de Partida y Romana citadas: la primera, conforme con la 14, párrafo 8, título 7, libro 11 del Digesto, añade por via de consejo para obviar dudas que el heredero proteste, «como lo faze por piedad, é non con voluntad de ser heredero:» *pietatis gratia id se facere*, dice la Romana; pero una buena ley manda, ó prohibe, y no aconseja.

En suma; «*Hoc perpendi debet ex qualitate personarum, et casuum*,» dicen con razon los intérpretes.

En instrumento público ó privado. Asi queda cortada la contraversia de los intérpretes sobre si debe entenderse haber declarado su voluntad de aceptar *el que simplemente dijo que queria aceptar*: ademas,

la aceptacion de la herencia es un acto muy importante para el mismo heredero y para otros; una simple declaracion verbal harian nacer muchas dudas é incertidumbres.

ARTICULO 830.

El que por cualquiera título enagena su derecho hereditario ó bien lo repudia, mediante algun precio, se entiende que ha aceptado la herencia.

Conforme con el 780 Frances, que dispone lo mismo en el caso de renuncia gratuita, si se hace en provecho de uno ó varios herederos, 697 Napolitano, 991 y 995 Sardos.

Nuestro artículo habla de la repudiacion ó renuncia simple de la herencia: de consiguiente su espíritu es el mismo que el del artículo Frances en el caso propuesto, porque se obra como propietario cuando se priva á algunos de los coherederos para enriquecer á otros, y no se puede dar sino lo que se acepta.

Por la ley 29, título 2, libro 29 del Digesto, el que recibe precio del sustituto ó heredero legítimo por repudiar, no se entiende que acepta, *fuit questio an pro hærede gerere videatur qui pretium, hæreditatis omittendæ causa, capit. Et obtinuit hunc pro hærede quidem non gerere, qui ideo accepit ne hæres sit:* lo mismo se dispone en la 6, título 16, libro 50, *non vult hæres esse qui ad alium transferre voluit hæreditatem.*

Era pues contraria en este punto la legislacion Romana; pero sus motivos (salvo todo respeto) aparecen frívolos y pueriles: ¿puede nadie enagenar ó recibir precio por lo que no es suyo? ¿Y, sin la aceptacion, qué tiene de suyo en la herencia el que la enagena ó recibe precio por repudiarla?

A pesar de todo no descubro grande utilidad ni aun uso en nuestro artículo 830, ó 780 Frances, porque ni los legatarios ni los acreedores hereditarios pueden hoy sufrir perjuicio en el cambio personal del heredero: nuestro Derecho Patrio calla sobre el tenor del artículo.

ARTICULO 831.

Si el heredero, aun sin mediar precio, repudia en fraude de los acreedores, pueden estos pedir al juez que les autorice para aceptar la herencia á beneneficio de inventario, representando al primero.

En este caso la aceptacion solo aprovechará á los acreedores para el pago de sus créditos, pero no al heredero que repudió.

Conforme con el 788 Francés, 1107 Holandés, 705 Napolitano, 1003 Sardo, 1014 de la Luisiana, y 750 de Vaud.

El solo motivo que se da para este artículo en el discurso francés, número 52, es que la buena fé debe ser la base de todos los actos, y que probablemente el deudor recibirá en secreto algun precio por repudiar.

Esta disposicion parece justa y equitativa, aunque es enteramente contraria al Derecho Romano. Segun él se podia repudiar la herencia, el legado y hasta la porcion legítima, sin que los acreedores pudieran usar de la accion Pauliana; ésta se ejercia en las enagenaciones ó disminuciones reales de lo ya adquirido, no cuando, pudiendo el deudor adquirir dejaba de hacerlo: *qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hæreditatem omittit: unde qui repudiavit hæreditatem, non est in ea causa ut huic edicto locum faciat*, ley 28, título 15, libro 50 del Digesto. *Non fraudantur creditores cum quid non adquiritur á debitore, sed cum quid de bonis diminuitur*, ley 134, título 16 del mismo libro.

Nuestro Derecho Patrio no es tan espreso como el Romano; pero de las leyes 7, título 15, Partida 5, y 10, título 33, Partida 7, puede inferirse que fué adoptada su disposicion.

En fraude: y con perjuicio, ó por mejor decir, respecto del deudor ó repudiante, son sinónimas estas palabras: hay fraude si hay perjuicio; vé el artículo 1176.

Para aceptar: pero no debe inferirse de esto que es una verdadera aceptacion. Los acreedores no adquieren el concepto, derechos y obligaciones de verdaderos herederos, pues que ni quedan obligados á las deudas y cargas de la herencia, ni adquieren otro derecho que el de hacerse pago de sus deudas con la parte que habria cabido al deudor que repudió.

A beneficio de inventario. Solo de este modo es justo y posible que los acreedores entren en la herencia; y asi se halla establecido en los artículos 1064 y 1066 del Código de la Luisiana.

Solo aprovechará, etc. Cubiertos los créditos, el resto de los bienes irá á los coherederos, y estos podrian repeler desde un principio á los acreedores pagándoles lo que les debia el repudiante: en tal caso los acreedores no tendrian interes, y por lo mismo ningun derecho.

Los acreedores posteriores á la repudiacion no podrán reclamar el beneficio de este artículo, porque no pudo hacerse aquella en fraude y perjuicio de acreedores ó derechos que no existian al tiempo de hacerse: el heredero que repudió perdió todo su derecho y para siempre.

ARTICULO 832.

Se entiende tambien haber aceptado la herencia el que sustrajo ú ocultó maliciosamente alguna de las cosas hereditarias, sin perjuicio de quedar sujeto á las penas señaladas para este caso en el Código penal.

Conforme en su primera parte con el 792 Frances, el cual añade la pena de que el heredero no tenga parte en los objetos sustraidos ú ocultados, sin espresar á quien hayan de ir estos; le siguen el 709 Napolitano, 1110 Holandes, 1008 Sardo y 1022 de la Luisiana.

El 752 de Vaud dice: «los herederos que hayan sustraido ú ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciar á ella, y quedan herederos puros y simples á pesar de la renuncia, *sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.*»

Este artículo es tambien contrario al Derecho Romano: *Si quis extraneus rem hereditariam quasi subripiens vel espilans, tenet, non pro herede gerit nam admissum contrariam voluntatem declarat.*

Adviértase que esta ley habla del heredero *estraño*: la 71, párrafo 4, del mismo título, dispone lo contrario del heredero *suyo*, *si quis suus se dicit retinere hæreditatem nolle, aliquid autem ex hæreditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit.* Las leyes 9 y 12, título 6, Partida 6, han copiado las dos Romanas citadas.

La distincion de herederos en suyos, necesarios y estraños, aunque escrita en nuestras leyes, habia caido en desuso, y no se reconoce en este Código segun he observado en el artículo 820. Ha parecido por lo tanto justo castigar por este medio al heredero ó coheredero malicioso, y hasta culpable de hurto, sujetándole á todas las deudas y cargas de la herencia sin perjuicio de las otras penas.

ARTICULO 833.

El que á instancia de un legatario ó acreedor hereditario haya sido declarado ó condenado definitivamente como heredero de otro, será habido por tal para los demas legatarios y acreedores hereditarios sin necesidad de nuevo juicio.

Es literal del 989 Sardo, y, ademas de justo, será de grande utilidad porque he visto ejecutorias encontradas sobre este punto en una testamentaria ruidosa: de este modo se uniformará la práctica de los tribunales.

Rogron, á consecuencia de una disposicion parecida del artículo 800 Frances, copiado en otros Códigos, viene á agitar esta misma cuestion, á saber:

¿El heredero condenado á instancia de un acreedor habrá perdido para con todos la facultad de aceptar á beneficio de inventario, y, en caso de presentarse otro acreedor, tendrá que pagarle como heredero puro y simple?

Vacila en decidirla, y, á pesar de los términos del artículo Frances, se inclina á la negativa por respeto á la máxima *de que la cosa juzgada no aprovecha ni daña á otros.*

Nuestro artículo previene y decide esta cuestion: el que fué condenado como heredero ó como heredero puro y simple, no puede esquivar ninguno de los dos conceptos para con los demas acreedores y legatarios: aquellos conceptos son indivisibles y lo indivisible aprovecha y daña á todos y en todo.

ARTICULO 834.

Por la aceptacion pura y simple ó sin beneficio de inventario queda el heredero responsable á todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino tambien con los suyos propios.

Sobre la disposicion de este artículo están conformes todos los Códigos antiguos y modernos, el Derecho Romano y el Patrio: *si te bonis paternis major quinque et viginti annis immiscuisti inopia patris te non excusat de exactione creditorum*, ley 10, título 30, libro 6 del Código: *hereditas tamen quin obliget nos æri alieno etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est*, ley 8, título 2, libro 29 del Digesto. «Fincan obligados tambien los sus bienes que oviere de otra parte, como los que obo del testador, para pagar cumplidamente las debdas é las mandas,» ley 10, título 6, Partida 6.

ARTICULO 835.

El derecho para aceptar ó renunciar la herencia, no habiendo tercero que inste, se prescribe por el mismo tiempo que las otras acciones reales.

Instando en juicio un tercero interesado para que el heredero acepte ó repudie, deberá el juez señalar á este un término que no pase de treinta dias, sin perjuicio de lo que se dispone sobre el beneficio de inventario.

La primera parte del artículo es el 789 Frances, que no pone el caso de instar un tercero: le siguen el 706 Napolitano, el 104 Sardo; el 1108 Holandes dice simplemente: «La facultad de renunciar á una herencia es imprescriptible;» y calla sobre la facultad de aceptar.

El artículo 1006, y el 6, capítulo 1, libro 3 del Código Bávaro, preven el caso del párrafo 2 de nuestro artículo, y ambos á dos dejan

al arbitrio del juez el señalamiento del término: nuestro artículo fija el de un mes, que parece bastante salvando lo dispuesto sobre el beneficio de inventario, pues que este mismo término se concede en el artículo 843 al heredero para manifestar su voluntad de aprovecharlo.

Las otras acciones reales: porque lo es la peticion de herencia, ó si se quiere mista de real y personal, segun hasta ahora se ha llamado.

Segun la ley 7, título 14, Partida 6, el derecho hereditario se prescribia por treinta años, cuando el poseedor de la herencia carecia de título ó buena fé; por diez entre presentes, y veinte entre ausentes, si le asistian aquellos dos requisitos.

Esto era conforme á la disposicion general sobre prescripciones, tomada del Derecho Romano, ley 3, título 39, libro 7 del Código: el caso de nuestro artículo se regirá por lo dispuesto en los 1933 y 1961.

ARTICULO 836.

Por la muerte del heredero, sin aceptar ó repudiar, se trasmite á los suyos el mismo derecho que él tenia, aunque haya muerto ignorando que le habia sido deferida la herencia.

Si son varios los herederos y hay discordia, aceptarán los que quieran y los que no quieran no; pero los que acepten lo harán por la totalidad.

Si la discordia fuere sobre aceptar á beneficio de inventario ó sin él, se aceptará á beneficio de inventario y aprovechará á todos los coherederos.

El primer párrafo del artículo es conforme al 781 Frances hasta las palabras «aunque haya muerto, etc: le siguen el 1097 Holandes, 698 Napolitano, 992 Sardo, 1001 de la Luisiana y 734 de Vaud, que añade: «en este caso los herederos tienen para deliberar un nuevo plazo de cuarenta y dos dias, á contar desde el dia en que supieron que eran herederos del que deliberaba.»

Sabida es la repugnancia que encontró entre los Romanos el derecho de trasmision. Concedióse primero á los herederos *suyos*; luego á todos los descendientes, y por último lo estendió Justiniano al caso de morir uno dentro del tiempo de deliberar con noticia de haber recaido en él la herencia: los intérpretes opinan que, no habiéndose pedido tiempo para deliberar, debia entenderse el de un año para el efecto de la trasmision.

Nuestra ley 2, título 6, Partida 6, copió fielmente al Derecho Romano.

Yo no descubro causa ni pretesto para tan manifiesta aberracion de la regla sencilla y general, «mi heredero es otro yo, es mi persona ó mi

imágen activa y pasiva.» Si yo tenia el derecho de aceptar ó repudiar, ¿por qué no lo he de trasmitir á mis herederos en los mismos términos y por el mismo tiempo que yo podia ejercerlo?

No se ha vacilado, pues, en admitir el artículo 781 del Código Frances, aunque en los tres discursos números 52, 53 y 54 sobre sucesiones, no se motiva, ni aun se menciona.

Nuestro artículo es, si mal no me engaño, mas claro y conciso que el 781 Frances, como puede verse en las palabras «el mismo derecho que él tenia:» «cuando pudiera hacerlo el mismo difunto.» Asi se aclara y fija la idea fundamental de que los herederos pueden todo, pero no mas de lo que podia hacer el difunto.

Ignorando. Porque el difunto ignorase su derecho, ¿dejaria este de corresponderle, y de ser parte de su patrimonio como cualquier otro de toda especie?

Pero convenia espresarlo para no dejar asidero á los cavilosos, porque todos los intérpretes, y nuestro Gomez, tomo 1 *de sus resoluciones varias*, capítulo 9, número 53, niegan la trasmision en este caso.

Si son varios. El artículo 782 Frances, seguido por el 699 Napolitano, y el 995 Sardo y 725 de Vaud, se concreta á los herederos del que murió sin aceptar ó repudiar, y dispone que, no estando acordes ellos mismos en aceptar ó repudiar, se haga la aceptacion á beneficio de inventario.

El 1002 de la Luisiana dice: «Cuando varios herederos de un mismo grado son llamados á una herencia, los unos pueden aceptarla pura y simplemente, y los otros á beneficio de inventario: porque el heredero puro y simple no escluye al heredero con beneficio de inventario.»

Se ve, pues, que este artículo es totalmente diverso del Frances, porque habla en general de todos los herederos, y porque admite la aceptacion pura y simple en unos, y á beneficio de inventario en otros.

El artículo 1096 Holandes, si hubiera de pasarse por la *concordancia entre el Código Napoleon y los Códigos civiles estranjeros*, dispone lo mismo que el 782 Frances, y sin embargo no es asi; el artículo Holandes es el tipo y original del nuestro; habla en general de todos los herederos; no habiendo acuerdo entre estos sobre la aceptacion de la herencia, puede uno aceptarla y el otro repudiarla; si el desacuerdo recae únicamente sobre el modo de la aceptacion, la herencia debe ser aceptada á beneficio de inventario.

El artículo Holandes es mas conforme al derecho y á la razon que el Frances; en primer lugar, hablando de herederos en general, comprende todos los casos, y el Frances no comprende sino uno: en segundo lugar, conserva á todos los herederos su derecho indisputable para aceptar ó repudiar, y solo prescribe la aceptacion á beneficio de inventario

cuando la discordia recayere especialmente sobre esto: en tal caso á nadie se hace agravio; la medida es de necesidad, y tambien lo es que aproveche á todos los coherederos.

Lo harán por la totalidad. El artículo 786 Frances dice simplemente: «La parte del que repudia acrece á sus coherederos; si él es solo, pasará al grado siguiente:» le han seguido el 1015 de la Luisiana, el 705 Napolitano, el 1000 Sardo y 1105 Holandes.

Pero el Código Holandes en su artículo 1098, y el de la Luisiana en los 1017 y 1018, dicen algo mas que los otros Códigos, pues adoptan la disposicion del Derecho Romano, á saber: que «el que ha aceptado su parte de herencia, no puede renunciar la que le viene por el derecho de acrecer sino cuando un coheredero que aceptó es restituido contra su aceptacion.»

Nuestro artículo, al disponer aqui lo mismo que los dos Códigos mencionados y el Derecho Romano, no hace mas que repetir lo ya establecido en el párrafo 3 del artículo 816: «El coheredero ó coherederos no pueden aceptar su parte personal y renunciar la que acrece, ni al contrario.»

ARTICULO 837.

La repudiacion de la herencia debe hacerse en instrumento público, autorizado por escribano del domicilio del repudiante ó del difunto.

Por Derecho Romano, ley 95, título 2, libro 29 del Digesto, y la 18, título 6, Partida 6, la repudiacion podia ser espresa ó tácita como la aceptacion. *Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis*: «renunciar puede el heredero la heredad en dos maneras, por palabra ó por fecho:» sin embargo, de la ley 101, título 18, Partida 3, podria inferirse que la repudiacion debia hacerse ante el alcalde y en instrumento público.

Nuestro artículo está conforme con el 784 Frances, salvo que este ordena que la repudiacion se haya de hacer en la escribanía de Cámara del Tribunal de primera instancia, 998 Sardo, 1105 Holandes, 727 de Vaud, 1010 de la Luisiana y 701 Napolitano: este último añade, que, «para las herencias cuyo valor no esceda de 500 ducados, la renuncia puede hacerse igualmente en la escribanía del juez de paz donde radiquen los bienes:» el de la Luisiana solo exige que se haga ante notario y en presencia de testigos.

La publicidad interesa á los acreedores y aun al órden público, porque la repudiacion abre la entrada á otros herederos, y conviene que este llamamiento conste de un modo inequívoco.

Las otras precauciones del Código Frances parecen escesivas é inne-

cesarias entre nosotros; ¿por qué se ha de obligar al repudiante á molestias y gastos de un viaje por un acto que generalmente no se mira como provechoso? Casi podria sospecharse que la decantada civilizacion aumenta y refina proporcionalmente los fraudes y la malicia.

ARTICULO 838.

La herencia repudiada cuando no hay sustituto acrece á los otros coherederos, ó pasa á los que lo son ab intestato, con arreglo á lo dispuesto en el número 3 del artículo 743.

Vé el artículo 743 y la seccion á que el mismo se refiere.

ARTICULO 839.

El heredero testamentario que repudia la herencia pierde su derecho á los legados.

El Código Sardo, en su artículo 1002, dispone lo contrario, siguiendo sin duda al Derecho Romano; pero este al menos esceptuaba el caso en que apareciese haber sido la voluntad del testador que no se percibiese el legado sin la herencia; y ademas la ley 10, título 4, libro 29 del Digesto, hace muy dudoso este punto.

El artículo 845 del Código Frances permite al hijo que repudia la herencia percibir el legado hasta donde alcance la cuota ó porcion disponible.

Nuestro artículo es mas justo y decoroso; el heredero que desaira y afrenta al testador en la parte principal del testamento, se hace indigno de la liberalidad subalterna con que es honrado en el mismo: vé no obstante en el artículo 665 una escepcion respecto de las mejoras.

ARTICULO 840.

El que es llamado á una misma herencia por testamento y ab intestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero ab intestato, y sin noticia de su título testamentario, podrá todavia aceptarla por este.

Por Derecho Romano, en el caso de este artículo, si uno repudia como ab intestato, sabedor de que es tambien heredero testamentario, la repudiacion obra bajo los dos conceptos; si lo ignoraba, no le empece bajo ninguno; leyes 17 y 77, título 2, libro 29 del Digesto.

Esto mismo hallamos en la ley 19, título 6, Partida 6, que copia las insuficientes razones dadas por las leyes Romanas.

Segun el Código Bávaro, libro 3, capítulo 1, artículo 5, el heredero testamentario, y legítimo al mismo tiempo, puede escoger el título que quiera: el Prusiano, en su artículo 401, niega al testamentario la facultad de renunciar bajo este concepto para suceder ab intestato; pero no habla del segundo caso de este artículo, asi como ni el Derecho Romano ni la ley de Partida hablan del primero: resulta, pues, mas prevision y claridad en nuestro artículo. ¿Cómo premiar la malicia del que repudia su derecho por testamento, mofándose de la voluntad del testador para heredar luego ab intestato?

Bien es cierto que apenas puede verificarse hoy este caso, porque si hay otros herederos les acrecerá la parte repudiada, y si no los hay, cómo han de subsistir las mandas y mejoras, no puede haber tentacion para repudiar.

El segundo caso puede acontecer y presentar ventajas: repudia uno ab intestato por ser muchos los herederos y corta la herencia; si despues aparece un testamento en que él solo es instituido, tiene interes y derecho para aceptar por este título que ignoraba.

Segun el artículo 822, aquellos á quienes se debe legítima pueden reclamarla aunque repudien la herencia. En Derecho Romano era corriente lo contrario, suponiendo que al hijo, por ejemplo, se le dejaba una parte de herencia mayor que su legítima, Voet., título 2, libro 29, número 15, donde responde entre otras objeciones á la de que no puede imponerse gravámen de ninguna especie á la legítima.

Segun la ley 20, título 6, Partida 6, el hijo ó nieto puede repudiar la herencia de su padre ó abuelo; pero no dice la ley, si podrá retener la legítima, ni las leyes 5, y 6, del título 8, nos sacan de esta duda, como ni las otras que hablan de la legítima, calificándola de *debitum naturæ*, y que no puede imponerse en ella gravámen ni condicion; leyes 17, título 1, 11, título 4, y 1, título 11, Partida 6.

El artículo 845 del Código Frances supone que el hijo heredero ha repudiado, y sin embargo le conserva su derecho á los legados, pero no dice si ha repudiado su legítima, ni si la pierde por la repudiacion, aunque parece que la legítima no es menos sagrada y favorable que el legado, especialmente en el Código Frances que no reconoce la desheredacion.

El Código Bávaro está mas espreso en su artículo 19, capítulo 1, libro 3, «no se puede tomar la legítima y repudiar el resto».

Para mayor claridad fijémonos en un hijo que repudia la herencia contentándose con su legítima. Esta no puede fijarse en ningun caso sin que preceda inventario, con el que no hay el menor peligro para el heredero: falta, pues, á todo respeto y delicadeza el hijo que en tales circunstancias se niega á serlo de su padre. La legítima, por mas que

se la realce y exagere, no es una deuda y carga de la herencia con la propiedad que las otras deudas y cargas, pues hasta haber sido estas satisfechas no comienza el derecho de legítima, ni aun se sabe si la habrá.

La legítima respecto de hijos mayores, y aun de los menores de edad no necesitados, es un puro beneficio de la ley; y asi como esta lo niega al hijo en los casos de justa desheredacion, puede tambien ligarlo con la decorosa necesidad de aceptar una herencia que, supuesto el inventario, no puede ser dañosa.

Y esto no se roza en manera alguna con la libertad proclamada en el artículo 820: los hijos no serán herederos suyos y forzados del padre, como lo fueron por algun tiempo en Derecho Romano; podrán abstenerse, desechar ó repudiar la herencia, pero total y no parcialmente, como pueden hacerlo otros herederos, y en esto se guarda consecuencia con el artículo 822.

SECCION IV.

DEL BENEFICIO DE INVENTARIO.

El heredero, segun el artículo 549, sucede y representa al difunto, no solo en sus bienes y derechos, si no en sus deudas, cargas y obligaciones, y segun el 834, es responsable de ellas con sus bienes propios, cuando no alcancen los hereditarios: al tratarse de aquellos dos artículos se ha visto que son de orígen Romano.

Era pues peligrosa, y, por decirlo asi, un juego de azar la aceptacion de la herencia: podia el heredero arruinarse, como enriquecerse, y el miedo de lo primero retraia á muchos de la aceptacion; esto en las herencias testamentarias envolvia entre los Romanos la nulidad de todo lo dispuesto en el testamento, y por otra parte se reputaba afrentoso morir sin heredero.

Pero no pudo menos de reconocerse que habia injusticia y dureza en compeler á los herederos á repudiar ó aceptar desde luego y á ciegas. Pensóse por lo tanto en ocurrir á estos inconvenientes, y se concedió á los herederos el *derecho llamado de ó para deliberar*, que consistia en darles cierto tiempo para examinar y adquirir noticias sobre el estado del patrimonio del difunto, y decidirse en vista de ellas por la aceptacion ó repudiacion.

El señalamiento del tiempo pendia del prudente arbitrio del juez, pero no podia bajar de cien dias; el juez no podia conceder arriba de nueve meses; el Príncipe hasta un año: pasado este tiempo sin aceptar, se tenia por repudiada la herencia respecto de los sustitutos, y por aceptada respecto de los acreedores hereditarios: muriendo el herede-

ro en el término ó tiempo concedido para deliberar, trasmitia este mismo derecho á sus herederos; asi resulta de todo el título 30, libro 6, del Código y de la ley 69, título 2, libro 29 del Digesto.

Este fué el antiguo y primer remedio ó favor concedido á los herederos; pero se vió que no les daba completa seguridad: los informes y noticias eran siempre difíciles y muchas veces engañosas: Justiniano removió todos los inconvenientes, y tranquilizó á los herederos con *el beneficio de inventario*.

El heredero debia principiarlo dentro de treinta dias, desde que supo que le habia sido deferida la herencia; habia de concluirlo dentro de otros sesenta dias; y podia concedérsele un año, á contar desde la muerte del testador, si el heredero se hallaba ausente del lugar en que radicaba el patrimonio del difunto ó su mayor parte; habia de hacerse ante escribano y en presencia de los interesados como acreedores y legatarios; si faltaban algunos de estos, eran necesarios por lo menos tres testigos.

Los efectos del inventario, asi formado, eran los mismos de nuestro artículo 856: pero como el inventario tiene siempre el inconveniente de hacer público el estado, bueno ó malo, del patrimonio del difunto, Justiniano dejó todavia en pié el antiguo derecho de deliberar; ley 22 del mencionado título 30 del Código, y párrafo 1, título 19, libro 2, Instituciones.

El título 6 de la Partida 6 encierra literalmente la legislacion Romana, tanto sobre el derecho de deliberar, como sobre el beneficio de inventario.

El Código Frances, y la generalidad de los modernos, solo conservan el beneficio de inventario; pero con la ventaja de que, concluido este, tiene todavia el heredero cierto término para deliberar sobre la aceptacion ó repudiacion; y en verdad que entonces puede hacerlo con todo conocimiento, y libertarse de las incomodidades que acarrea siempre el cuidado y administracion de los bienes, y el haber de entenderse con los acreedores y legatarios: el inventario aleja temores y peligros, pero no escusa las molestias indicadas.

Este sistema ha parecido preferible, y es el seguido en la presente seccion, pero con mayor propiedad y correccion de lenguaje, segun notaré en el artículo 842: la falta de Concordancias del Derecho Romano y Patrio en algunos artículos podrá suplirse por este epítome.

ARTICULO 841.

Hasta pasados nueve dias desde la muerte de aquel de cuya herencia se trata, no puede intentarse accion contra el heredero para que acepte ó repudie.

Sin embargo, el juez, á instancia de cualquier interesado, pondrá en recaudo los bienes de la herencia.

Es lo que se llama novenario de luto, y está conforme con las leyes 15, título 15, Partida 1, y 13, título 9, Partida 7, tomadas de la ley 2, título 4, libro 2 del Digesto y de la Novela 60, capítulo 1.

En la Novela 115 se hace mérito del anterior, y se dice: *sancimus itaque nulli penitus esse licentiam, aut heredes, aut parentes, aut liberos, aut conjugem, aut agnatos, vel cognatos aut alios affines ejus; aut fidejussores ante novem dierum spatium, in quibus videntur lugere, conveniendi, aut quocumque modo inquietandi, aut aliquam admonitionem eis offerendi, aut in judicium eos vocandi, sive debiti gratia quod á defuncto descendit, sive alterius cujuscumque causæ nomine ad memoratas personas specialiter pertinentis.*

De esta Novela fué tomada la auténtica *sed neque, etc.*, á la ley 6, título 19, libro 9 del Código: Gotofredo en su comentario, al mencionado párrafo 1 del capítulo 5, dice que esta costumbre se tomó de los paganos, y reprueba el número novenario *novendialem:* que sean nueve, ó mas ó menos, importa poco; pero hay piedad y humanidad en que no se atormente á los herederos, que pueden ser padres ó hijos, en los primeros momentos de su justo dolor y llanto; la Novela 115 recuerda el caso de un padre acosado por un deudor, cuando volvia de dar sepultura á su hijo, *ideoque pium et humanum esse perspeximus talem crudelitatem hac lege piissima coercere.*

Sin embargo. La citada ley 15 de Partida viene á disponer esto mismo con la fianza que debe dar el heredero ante el juez, si los acreedores sospechasen que ocultará ó malbaratará los bienes ó se irá con ellos de la tierra: la piedad dicta que se escusen molestias prematuras al heredero; pero la justicia exige que se provea entretanto á la seguridad de los acreedores alarmados.

ARTICULO 842.

Todo heredero puede pedir formacion de inventario, antes de aceptar ó repudiar la herencia, aunque el testador se lo haya prohibido.

El 795 Frances dice: «la declaracion de un heredero, que no quiere adquirir esta calidad sino á beneficio de inventario, debe ser hecha en la escribania de Cámara del tribunal de primera instancia, etc:» siguen al Frances el 710 Napolitano, 1070 Holandes; el 1100 Sardo añade: «esta declaracion será en los treinta dias siguientes publicada y fijada en la puerta del tribunal y en la de la última habitacion del difunto: ademas se insertará aviso, por simple nota, en las Gacetas.

La palabra «declaracion» del artículo Frances, no me parece propia y congruente, porque no es desde entonces heredero á beneficio de inventario, como lo era por Derecho Romano; en el Código Frances, aun despues de concluido el inventario, se dá término para deliberar sobre la aceptacion ó repudiacion.

Asi el heredero no declara desde luego que es ó será tal á beneficio de inventario; pide solo que se forme para resolverse en su vista, y prévio el término de deliberar, á ser ó no ser heredero.

Aunque el testador, etc. Asi está dispuesto en el artículo 1011 Sardo, y en el 1089 Holandes.

Voet, número 15, título 6, libro 28, opina que debe valer la prohibicion, porque no perjudica á los acreedores, al paso que es decorosa al testador.

El rigor de derecho parece favorecer á Voet; pero, sobre que el caso ha de ser muy raro, la prohibicion aparece desde luego exagerada irracional é injusta, porque injusticia hay en pretender que el heredero se esponga á ojos cerrados á su ruina.

ARTICULO 845.

El heredero mayor de edad que quiera aprovechar este beneficio, debe manifestarlo dentro de diez dias, desde que supo ser tal heredero, si vivia en la casa mortuoria al ocurrir el fallecimiento; y dentro de treinta, si vivia fuera.

El 754 de Vaud dice: «Los herederos mayores que vivian en la misma casa del difunto y se hallan presentes á la época de su fallecimiento, no pueden ser admitidos al beneficio de inventario, si luego de la muerte, ó á mas tardar en las veinte y cuatro horas, no han pedido al Juez que ponga los sellos en los efectos de la herencia:» nuestro artículo ensancha y demarca aun mas claramente la diferencia entre el heredero que vivia dentro ó fuera de la casa mortuoria.

Parece justo que en el primer caso el término sea menor, porque el peligro ó temor de ocultacion es mayor, y debe presumirse al heredero mejor instruido del estado de la herencia.

Cierto es que bastan diez dias para la sustraccion de dineros, alhajas y otros efectos; pero tambien bastarán las veinte y cuatro horas del Código de Vaud, y no se remedia este inconveniente por la aposicion de los sellos, ni por otro recurso humano, ora se trate de los herederos, ora del viudo ó viuda, ora de los criados.

El Código civil Frances no exige de necesidad que se pongan los sellos, ni entre nosotros se practica ponerlos.

El Código Frances no señala término para hacer la declaracion ó

manifestacion, ni para principiar el inventario; solo dice que se ha de hacer dentro de tres meses: el Derecho Romano y nuestra ley 5, título 6, Partida 6, señalan treinta dias ó un mes para principiarlo, y otros dos para concluirlo.

El Frances dice: «desde que se abrió la sucesion ó herencia;» la mencionada ley de Partida, conforme con la Romana, «despues que supieren que son herederos del finado:» yo encuentro esto mas razonable, pues, segun el artículo 718 Frances, «las sucesiones ó herencias se abren por la muerte natural ó civil;» ¿y cómo ha de hacer inventario el que ignora ser heredero?

ARTICULO 844.

La manifestacion de que trata el articulo anterior, debe hacerse ante el alcalde del domicilio del difunto, por escrito, en la forma prevenida en el Codigo de procedimientos civiles, si el domicilio del heredero no distase mas de diez leguas.

Siendo mayor la distancia, podrá hacerse ante el alcalde del domicilio del heredero.

Tengo ya dicho que el 793 Frances dispone que se haga en la secretaría del Tribunal de primera instancia, y que no hace diferencia por razon de la mayor ó menor distancia del domicilio del heredero.

Nuestro artículo escusa gastos y molestias, disponiendo que debe hacerse ante el alcalde del domicilio del difunto: la distincion por razon de la distancia es natural y razonable, y por esta misma consideracion se hace en otros casos parecidos.

ARTICULO 845.

En seguida de la manifestacion, el heredero hará citar por edictos y un breve término á los acreedores ignorados del difunto ó domiciliados fuera de la provincia y personalmente á los conocidos y legatarios domiciliados en ella, para que, si quieren, asistan á la formacion del inventario.

Los edictos se publicarán ademas en el periódico oficial de la provincia, si lo hubiere.

Los acreedores y legatarios tienen interes en que el inventario se haga con fidelidad y exactitud; y, si les ha de aprovechar ó dañar, debe contarse con ellos; la ley 5, título 6, Partida 6, habla solo de los legatarios; pero nunca se dudó que debia entenderse tambien de los acreedores, como lo disponia la ley Romana.

ARTICULO 846.

El inventario se ha de principiar, á mas tardar, dentro de treinta dias, desde que espiró el término señalado á los acreedores y legatarios, y concluirse dentro de otros sesenta.

Vé lo espuesto en el 843: nuestro artículo está conforme con el Derecho Romano y Patrio; pero con la diferencia natural y razonable de que el término para principiar el inventario no haya de comenzar á correr hasta que espiró el señalado á los acreedores y legatarios para comparecer, pues de otro modo resultaria que se hacia sin su presencia, al menos en parte.

ARTICULO 847.

Cuando por estar sitos los bienes á larga distancia, ó ser muy cuantiosos, parecieren insuficientes los sesenta dias, podrá el Juez prolongar este término segun su prudente arbitrio.

Es tambien conforme al Derecho Romano y Patrio en cuanto á la distincion que hace, pero mejor combinado en dejar al prudente arbitrio del Juez la prorogacion del término, sin fijarlo precisamente en el de un año: el citado artículo 795 Frances adolece por lo menos de inflexibilidad, fijando siempre el término de tres meses, y no se salvan este y otros inconvenientes en el título 8, libro 2, parte 2.ª del *Código de Procedimientos Civiles.*

ARTICULO 848.

El inventario ha de ser autorizado por escribano público y en presencia de dos testigos.

La ley 22, título 30, libro 6 del Código, dice: *sub præsentia tabulariorum*, pero se entendió en singular; la de Partida no dice mas que escribano: lo de los tres testigos nunca se observó, estimando por bastante el de dos, necesario, por regla general, en todo instrumento público: vé lo espuesto en el epítome.

ARTICULO 849.

Debe tambien espresarse en el inventario la tasacion de los bienes, que se hará por peritos nombrados, uno por el heredero, y otro por los acreedores y legatarios, si concurrieren, ó por el Juez en otro caso.

Si resultare discordia entre los peritos, el Juez nombrará un tercero para dirimirla.

Sin la tasacion de los bienes aprovecharia de poco el inventario, sobre todo en los muebles, y aqui se hace mas necesaria aún la de los inmuebles, porque se trata de saber si con el valor de todos podrán pagarse las deudas y legados.

Los peritos deben ser nombrados siempre por los interesados, y es de necesidad que el Juez nombre de oficio cuando ellos no concurran, asi como al tercero cuando haya discordia entre los mismos peritos, porque los interesados nunca, ó casi nunca, se pondrán de acuerdo en nombrarle; pero, si le nombraren, cesará el oficio del Juez, que no es sino subsidiario.

ARTICULO 850.

No principiándose ó no concluyéndose el inventario en los términos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, la herencia se tendrá por aceptada pura y simplemente.

El 800 Frances conserva al heredero, aun despues de espirar los términos legal y judicial para deliberar, la facultad de hacer inventario, y de ser heredero con este beneficio, si no ha hecho ya actos de heredero, ó si no ha recaido ejecutoria contra él en concepto de heredero *puro y simple*: no veo que haya sido seguido sino por el 717 Napolitano y el 1076 Holandes.

Nuestro artículo no admite esta latitud del Frances; cuando se falta á los términos en que debe principiarse y concluirse el inventario, y á las solemnidades que deben acompañarlo, es lo mismo que si no lo hubiera, y como si desde el principio no hubiese manifestado el heredero la intencion de aprovecharse de este beneficio: ademas, tanto los términos como las solemnidades, se han establecido en favor de los acreedores y legatarios mas que en el del heredero.

Tendráse, pues, por aceptada la herencia pura y simplemente; y esto no pugna con el primer párrafo del artículo 835, el cual debe entenderse cuando el heredero no haya hecho la manifestacion del artículo 843; porque, una vez hecha esta, el heredero se compromete á cumplir con lo dispuesto en los artículos siguientes, en cuyo caso podrá aceptar con beneficio de inventario, ó á quedar heredero puro y simple, si no cumple, y por su negligencia ó voluntad contraria, aunque tácita, no puede consumarse el beneficio á que apeló.

Esto es lo establecido en el artículo 1015 Sardo que dice: «Si en los tres meses el heredero no ha, cuando menos, comenzado el inventario; ó si, en los términos arriba fijados, ó prorogados, no lo ha acabado, se reputará haber aceptado la herencia pura y simplemente.

ARTICULO 831.

El juez, á instancia de cualquier interesado, proveerá durante la formacion del inventario, y hasta la aceptacion de la herencia, á la custodia y administracion de los bienes hereditarios, bajo la debida seguridad; pero, en igualdad de circunstancias, será preferido el heredero.

El artículo 745 de Vaud ordena que el tribunal de primera instancia nombre curador para administrar la herencia durante los términos concedidos al heredero que delibera.

El 1074 Holandes dice: «El juez podrá, á instancia de las partes interesadas, prescribir las medidas que crea necesarias para la conservacion, bien sea de los bienes de la herencia, bien de los intereses de terceros.»

Los bienes de la herencia no pueden quedar en abandono: lo natural y regular es que el mismo heredero los cuide y administre; pero si no lo hiciere ó, aun haciéndolo, creen los otros interesados ser necesaria alguna medida, inclusa la de confiar la administracion á otro, tocará al juez proveer sobre ello, aunque dando la preferencia en igualdad de circunstancias al mismo heredero, por la fundadísima presuncion de que será propietario de estos mismos bienes: vé lo espuesto en el artículo 837.

ARTICULO 832.

El administrador necesita autorizacion judicial para todos los actos que no sean de simple y pura administracion.

La venta de los bienes hereditarios, autorizada por el juez, se hará en pública subasta y con arreglo á lo prescrito en el Código de procedimientos, si el heredero y la mayoría de acreedores y legatarios no acordaren otra cosa.

Sea que administre el heredero ú otro nombrado por el juez á instancia de los interesados, el administrador no podrá escederse de los actos que sean de simple y pura administracion: esto es comun á todos los administradores, sea cualquiera su especie y título: para todo lo demas será necesaria la autorizacion judicial en el caso de este artículo.

Si major sit hæreditas, et res sunt in hereditate quæ extractu temporis deteriores fiunt, adito prætore potest is qui deliberat, sine prejudicio eas justis pretiis vendere. Ley 5, párrafo 1, título 8, libro 28 del Digesto: vé, sin embargo, en el artículo 838 las leyes Romana y Patria, que autorizaban al heredero beneficiario á vender por sí mis-

mo: la ley 5, aqui citada, habla únicamente del que pidió tiempo para deliberar.

El artículo 796 Frances ha sido tomado de esta ley Romana y añade que la venta se hará por un oficial público y segun lo prescrito en las leyes de procedimientos; lo mismo el 713 Napolitano, el 1044 de la Luisiana, 1073 Holandes y 1020 Sardo.

Nuestro artículo, adoptando esta adicion de los Códigos modernos, hace una escepcion que, á no dudar, está en el espíritu de todos ellos: cuando los interesados están de acuerdo en un punto que es de su interes particular esclusivo, no puede tener entrada el oficio del juez.

ARTICULO 833.

Durante la formacion del inventario y el término prescrito en el artículo siguiente para deliberar, no pueden los acreedores y legatarios demandar el pago de sus créditos y legados: los fiadores del difunto no gozan de este beneficio.

Pero bien pueden ejercer la accion de dominio y la del despojo causado por el difunto aquellos á quienes competan, y el administrador podrá ejercitar cualquiera accion contra los deudores hereditarios.

Donec tamen inventarium conscribitur: vel si res præsto sint intra trio menses: vel si abfuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum autoritate vindicare: sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum: nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem præscriptionem præjudicio generando. Ley 22, párrafo 11, título 30, libro 6 del Código: lo mismo se dispone en la ley 7, título 6, Partida 6.

El artículo 797 Frances está conforme con la ley Romana, y con el nuestro hasta las palabras «los fiadores del difunto:» siguen al Frances el 714 Napolitano, 1045 de la Luisiana, 1018 Sardo, 1072 Holandes y 758 de Vaud.

Si el heredero no gozara de esta dilacion y favor, le seria tal vez imposible acabar el inventario, y quedaria privado del beneficio de la ley.

Los fiadores, etc; porque el fiador no puede oponer al acreedor las escepciones que sean puramente personales del deudor, segun el artículo 1767; y por esta razon nunca aprovecharon á los fiadores las moratorias que obtenian del Rey ó del Consejo los deudores: de consiguiente

no podrá el fiador, en el caso de este artículo, reclamar la prévia escusion de los bienes hereditarios á pesar de lo dispuesto en el artículo 1745.

La accion de dominio. Este derecho es mucho mas fuerte y favorable que el de los legatarios y acreedores, inclusos los hipotecarios: el derecho de unos y otros puede quedar mas ó menos sin efecto; el de dominio lo tiene siempre, y el inventario debe comprender las cosas hereditarias, no las agenas.

La del despojo, etc.: esta accion es aún mas privilegiada que la de dominio ó revindicacion, pues se da contra el mismo dueño sin audiencia y sin admitirse en caso alguno compensacion.

Contra los deudores hereditarios: porque de otro modo podria convertirse en daño el favor ó beneficio del primer párrafo de este artículo dándose lugar á que el deudor hereditario viniera á estado de insolvencia, ó se fugara.

(Los diferentes casos de este artículo están tomados del Voet, número 17, título 8, libro 28.)

ARTICULO 854.

El heredero tiene el término de un mes, á contar desde el dia en que se concluyó el inventario, para manifestar si acepta ó no la herencia.

Pasado el mes sin hacer esta manifestacion, se entenderá aceptada á beneficio de inventario.

Si manifiesta que la acepta pura y simplemente ó con dicho beneficio, se estará á su voluntad.

El 795 Frances concede cuarenta dias á contar desde el en que espiraron los tres meses concedidos para el inventario, ó desde el en que este se acabó, si fué antes de los tres meses: sigue al Frances el 712 Napolitano; el 1016 Sardo concede tres meses; el 1043 de la Luisiana, treinta dias; el 1071 Holandes dice: «El heredero tendrá, á contar desde el dia de su declaracion, cuatro meses para hacer inventario y para deliberar.»

Desde luego se echa de ver que este término para deliberar es muy diferente del *derecho de deliberar* romano de origen anterior al inventario, y que subsistió siempre independiente del mismo; en una palabra, por Derecho Romano y Patrio, el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, se esclüian el uno al otro; en los Códigos modernos y en nuestro artículo, no se admite el derecho de deliberar como remedio separado é independiente del beneficio de inventario, y antes bien es un corolario ó compañero inseparable de este, porque ha pare-

cido justo que el heredero tuviera, aun despues del inventario, algun tiempo para examinarlo con detencion y decidirse á aceptar ó repudiar la herencia: tengo ya observado que, por Derecho Romano y Patrio, el que apelaba al beneficio de inventario quedaba desde luego heredero bajo dicho concepto; en los Códigos modernos y en el nuestro no lo queda por el hecho solo de pedir su formacion.

Pasado un mes. Está tomado este párrafo del artículo 1016 Sardo, y parece equitativo porque grava menos al deudor que es heredero, y debe ademas presumirse que esta ha sido su voluntad puesto que ha recibido inventario.

Si manifiesta. Cuando el heredero manifiesta espresamente su voluntad, no puede tener lugar la presuncion anterior por mas favorable que le sea: quedará, pues, responsable como heredero puro y simple, y hasta le perjudicará el inventario en cuanto á probar la existencia de los bienes en él contenidos.

ARTICULO 855.

La manifestacion prescrita en el artículo anterior, se hará á continuacion del mismo espediente de inventario, en la forma dispuesta en el artículo 848. Esto mismo se observará aunque el heredero acepte pura y simplemente antes de espirar el término concedido para la conclusion del inventario.

Desde el artículo 844 comienza el espediente de inventario: conviene, pues, que del mismo conste la manifestacion final y decisiva del heredero por ante escribano público y en presencia de dos testigos, aunque el heredero acepte pura y simplemente sin deliberar y aun antes de espirar el término concedido para la conclusion del inventario.

Si el heredero repudia durante los términos que le concede la ley para formar inventario ó deliberar, los nuevos herederos, que entren á virtud de la repudiacion, gozarán á contar desde el dia en que tuvieron noticia de ella, de los mismos términos y derechos que aquel tuvo, sin que les perjudique la conducta del mismo; porque, no comenzando el derecho de ellos sino desde la repudiacion, les fué imposible tomar entretanto ningun partido; asi deciden el caso las leyes 10, título 8, libro 28, y la 69, título 2, libro 29 del Digesto.

Esto es lo que parece conforme á la razon y al derecho; y, sin embargo, el artículo 1053 de la Luisiana dispone lo contrario, pues niega á los segundos herederos nuevos términos cuando el repudiante los ha consumido enteramente: si no usó de ellos mas que en parte, les concede lo que resta hasta el completo.

ARTICULO 856.

Los efectos del beneficio de inventario son los siguientes:

1.° El heredero no queda obligado sino hasta donde alcancen los bienes hereditarios.

2.° Conserva íntegras todas las acciones que tenia contra los bienes del difunto.

Este artículo encierra los grandes y provechosos efectos del inventario en oposicion á los del 854, *ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant: et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant,* ley 22, párrafo 4, título 30, libro 6 del Código, y párrafo 5, título 19, libro 2: lo mismo se dispone en la ley 5, título 6, Partida 6, en el artículo 802 Frances, 1078 Holandes, 1023 Sardo, 1047 de la Luisiana, 719 Napolitano, y lo mismo se dispondrá en cuantos Códigos admitan el beneficio de inventario.

Número 2. Es una consecuencia forzosa del primero, y por esto sin duda no se espresó en el Derecho Romano y Patrio.

No hay, pues, en este caso confusion de conceptos, derechos y patrimonios. Si, por ejemplo, el difunto hubiese vendido alguna cosa propia del heredero, podrá este revindicarla del comprador, quien solo tendrá el recurso de eviccion ó saneamiento contra la herencia para los efectos del artículo 1401: del mismo modo podrá el heredero obrar para el cobro de lo que el difunto le debia: vé el artículo 1157.

ARTICULO 857.

En cualquiera de los casos de los artículos 851 *y* 855, *la aceptacion se hará saber al administrador, cuando sea un estraño; y tanto en este caso, como en el de serlo el heredero, se entenderá que continúa la herencia en administracion, hasta que resulten pagados los acreedores conocidos y los legatarios.*

Este artículo y el 851 han sido tomados, aunque no con absoluta identidad, de los 1034 al 1038, 1042 y 1051 de la Luisiana: en los primeros se ordena el nombramiento de un administrador judicial dando la preferencia al heredero beneficiario; en el 1042 se dice, que el administrador se asemeja á los curadores de las herencias vacantes; y en el 1051 se dispone, que si el heredero despues de todos los términos para deliberar no acepta sino á beneficio de inventario, el administrador ha de proceder á la venta de los bienes y á la liquidacion; es decir, que la administracion continúa en el que fué nombrado para ella, bien sea el mismo heredero ó un estraño.

Ha parecido esto mas propio y sencillo, porque hasta haberse pagado todas las deudas, cargas y legados, la herencia no puede menos de estar realmente en administracion, y de ella se ha de dar cuenta á todos los interesados. El artículo 803 Frances hace administrador al heredero; el 743 Sardo manda que el tribunal nombre un curador á la herencia, y tambien el 743 de Vaud: el Derecho Romano y Patrio estaban conformes con el Frances.

ARTICULO 838.

El administrador no podrá pagar las mandas, sin haber antes pagado á los acreedores hereditarios conocidos.

El 808 Frances dispone que sean pagados los acreedores y legatarios á *medida que se presenten*; lo mismo el 727 Napolitano, 1050 Sardo: el 1056 de la Luisiana ordena que el administrador presente al juez un estado de las deudas y legados, y que no pague unas y otras sin su permiso; los 1082 y 1083 Holandeses disponen que el heredero haga llamar por los periódicos á los acreedores; y despues de dadas las cuentas les haga pago total ó proporcional, segun el importe de la herencia: los acreedores que se presenten antes de esta distribucion, serán pagados á medida que se presenten.

La ley 22, párrafo 4, título 30, libro 6 del Código dice, que se satisfaga á los acreedores *qui primi veniant; et si nihil reliquum est posteriores venientes repellantur:: sed et si legatarii inter ea venerint, eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus vel ex earum forsitam venditione*: en el párrafo 5 concede á los acreedores que puedan repetir contra los legatarios que hayan sido pagados; y da la razon de que los acreedores *jus suum persequntur*, y los legatarios *pro lucro certant*.

La ley 7, título 6, Partida 6, ha copiado la Romana, y solo añade que el heredero no está obligado á pagar las mandas ó legados «fasta que sean pagadas todas las debdas primeramente;» y concede recurso á los acreedores contra el heredero en su cuarta Falcidia, no en sus bienes personales cuando pagó las mandas antes que las deudas, sabiendo que no alcanzaban los bienes para pagarlo todo.

Nuestro artículo va mas adelante y parece mas justo. No se entiende herencia sino lo que resta despues de pagadas las deudas del difunto, y de este resto deben pagarse únicamente los legados. Esto lo sabe ó debe saberlo el administrador; de consiguiente obra con imprudencia ó mala fe, pagando las mandas antes que las deudas, y no puede menos de ser responsable, aun con sus bienes personales, á los acreedores conocidos, salvo que él pueda repetir contra los legatarios, cuando los bienes hereditarios no alcancen para el pago de todo.

ARTICULO 859.

Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos serán pagados por el órden, y segun el grado que el juez señale.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin prévia caucion de acreedor de mejor derecho.

El primer párrafo es tambien el primero del artículo 808 Frances y demas citados en el anterior.

El Derecho Romano y Patrio callan sobre esto; pero la justicia del artículo es evidente; el administrador no puede dar por sí una preferencia que está en litigio, y hacer ilusoria una sentencia que tan próximamente se espera.

Sobre el segundo párrafo, vé lo espuesto en el artículo anterior: la caucion ó fianza de acreedor de mejor derecho para el caso de constar que alguno de los créditos es preferente, está adoptada en la práctica para casos parecidos: así no se deja pretesto al administrador para retardar el pago de un crédito legítimo y queda asegurado para todo evento, al paso que se respetan y aseguran los derechos respectivos de los acreedores.

ARTICULO 860.

Los acreedores que no se presentaren hasta despues de pagados los legatarios, solo tienen derecho contra estos cuando no hubiese en la herencia bienes bastantes para cubrir sus créditos.

Vé lo espuesto en el 858 en el que se trata de acreedores conocidos: en este se trata de los desconocidos: culpa de ellos será si nó se presentaron á su tiempo, y de consiguiente solo tendrán derecho contra los legatarios *qui pro lucro certant*, segun estaba dispuesto por el Derecho Romano y Patrio.

ARTICULO 861.

Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, muebles ó inmuebles, se observará lo prescrito en el artículo 852.

En la misma autorizacion ó acuerdo se determinará la aplicacion que deba darse al precio de lo vendido.

Vé lo espuesto en el 852 de la referencia: en el 858 quedan citadas las leyes Romana y Patria, que autorizaban al heredero para proceder

por si á la venta y quedaba esta tan firme y segura que el comprador no podia ser inquietado por los acreedores hipotecarios. Esta escepcion del derecho comun sobre hipotecas se fundaba en que si se quitaba la cosa al comprador, debia tener este recurso de saneamiento contra el heredero, el cual quedaria entonces privado de los efectos del beneficio de inventario, ley 22, párrafos 5 y 8, título 30, libro 6 del Código: pero es á no dudar, mas justa y sencilla la disposicion del artículo 852.

ARTICULO 862.

No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador deberá dar cuenta de su administracion á los acreedores y legatarios; quedando tambien responsable de los daños y menoscabos sobrevenidos en la herencia, por no haberla administrado como un buen padre de familia.

Conforme con los 803 y 804 Franceses que son de jurisprudencia universal, porque todo administrador debe dar cuentas y debe administrar como un buen padre de familia.

En el artículo 110 Frances, seguido por otros Códigos, se dispone que los gastos de la oposicion de los sellos, cuando la haya habido, como los del inventario, y cuentas sean á cargo de la herencia.

La ley 22, párrafo 9, título 30, libro 6 del Código, es mas minuciosa. «*In computatione autem patrimonii damus ei* (al heredero beneficiario) *licentiam exipere et retinere quidquid in funus expendit, vel intestamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias causas necessarias hæreditatis probaverit sese persolvisse.*

La 8, título 6, Partida 6, es mas lacónica.

«Las despensas del entierro ó las que fiziere derechamente en otra manera cualquiera.»

No se ha creido necesario un articulo especial sobre esto, porque ni podrian comprenderse todos los gastos, ni cabe duda en que han de abonarse ó deducirse de la herencia todos los hechos *derechamente in causas necessarias hereditatis*, los que se abonan á todo buen administrador.

ARTICULO 863.

Pagados los acreedores y legatarios, el heredero entrará en el libre goce y propiedad de la herencia, y se entenderá para con él la obligacion impuesta al administrador en el artículo anterior.

La primera parte no necesita motivarse: la segunda se refiere al caso del artículo anterior, es decir, cuando no alcancen los bienes he-

reditarios, y cuando el mismo heredero haya sido preferido para la administracion, segun el artículo 851.

ARTICULO 864.

El inventario hecho por el heredero de primer grado que despues repudió, aprovecha á los sustitutos y herederos ab intestato, respecto de los cuales regirá lo dispuesto en el artículo 854, contándose el término desde que supieron la repudiacion.

El inventario es un instrumento público, y como tal hace fé; los acreedores han sido citados para su formacion con arreglo al artículo 845, y no tienen por lo tanto motivo alguno de queja; la verdad debe prevalecer siempre, y esta disposicion es igualmente provechosa á los acreedores y legatarios, porque de otro modo no podria negarse á los sustitutos y herederos *ab intestato* el derecho consignado en el artículo 842, de lo que se seguirian nuevos gastos y dilaciones.

Esta es la doctrina unánime de los intérpretes de Derecho Romano arguyendo por razones de paridad, con la ley 57, título 7, libro 26 del Digesto; la 13, título 51, libro 5 del Código, y con los párrafos 7 y 9, título 23, libro 2, Instituciones: si pasan todas las cargas del que repudió despues de hecho el inventario, ¿por qué no han de pasar tambien sus derechos y beneficios?

Contándose el término, etc.: vé lo espuesto en el artículo 855.

SECCION V.

DEL INVENTARIO JUDICIAL.

El Código Frances denomina á esta seccion «De las sucesiones ó herencias vacantes,» callando sobre la ausencia del heredero, y es seguido generalmente por los otros Códigos en esta denominacion.

El de la Luisiana mezcla el caso de sucesiones vacantes con el de estar ausentes los herederos ó alguno de ellos.

La ley 7, título 22, libro 10, Novísima Recopilacion, dice en su epígrafe: «bienes mostrencos, vacantes y *ab intestato*;» los artículos de la instruccion en ella inserta son mas esplícitos: en el 7 se dice: «cuando alguno muriese sin hacer testamento y no dejare parientes conocidos dentro del cuarto grado.»

La ley 10, título 21 del mismo libro habla de «padres generales de menores y defensores de ausentes.»

Se ha descartado en esta seccion lo relativo á menores, á quienes se ha provisto ya por separado: su inventario, sin el que no pueden aceptar la herencia, no puede ser judicial.

Se ha seguido al Código de la Luisiana, comprendiendo los casos de *ab intestato* y ausencia por la razon contraria: en ambos el inventario debe ser judicial.

Por la misma razon se ha dado á la seccion nuevo epígrafe, que comprende uno y otro caso: ¿cómo llamar vacante una herencia por la circunstancia accidental de hallarse ausentes los herederos, ó uno solo de ellos?

En la seccion anterior se ha tratado del inventario voluntario; parece natural tratar en esta y la siguiente del necesario, que puede tener lugar en dos casos y en la misma materia de herencias.

Desde luego se echa de ver que esta seccion tiene en algunos casos analogía con la sesta del capítulo II, título II anterior.

ARTICULO 865.

Cuando alguna persona muere sin dejar albaceas y se ignora quién sea su heredero ó este se halle ausente, el alcalde del domicilio del difunto procederá á inventariar la herencia, bien sea á instancia de parte interesada ó del ministerio fiscal y hasta de oficio, conformándose á lo dispuesto en los artículos 848, 849, 851 y 852.

El artículo 1172 Holandes esceptúa tambien como el nuestro, el caso de existir ejecutor testamentario, é igual es el espíritu y aun la letra de las dos leyes recopiladas que arriba he citado: segun los artículos 7 y 10 de la ley 7, se debe proceder por denuncia de parte ó de los promotores fiscales; y esto es lo que se dispone en el artículo.

O este se halle ausente: aunque sea conocido; porque «faltando albaceas» los bienes quedarán en abandono hasta que el heredero ausente, sabedor de su derecho, dispusiera lo que debia hacerse: el abandono podria durar mucho segun la distancia á que se hallase el heredero, y hay interes público en evitarlo: está conforme con el 1091 y 1093 de la Luisiana, que comprenden tambien el caso de ausencia.

En cuanto á los declarados ausentes, con arreglo al título 11, se estará á lo dispuesto en el capítulo 5 del mismo.

ARTICULO 866.

Al mismo tiempo nombrará el alcalde un administrador defensor de los bienes hereditarios, bajo la competente fianza, con las obligaciones que tiene el administrador de que se trata en el artículo 852.

Algunos códigos usan de la palabra «curador» tanto en el caso de este artículo como en el del 851; pero esta es una mera cuestion de voces: el Código de la Luisiana prescribe el nombramiento de administrador judicial y ademas el de curador.

ARTICULO 867.

El heredero cuya residencia sea conocida, será emplazado en persona, si no fuere conocida por edictos, sin perjuicio de ir adelante en el inventario.

No necesita motivarse por ser de absoluta necesidad; pero los trámites para llevarlo á efecto corresponden al Código de *procedimientos civiles.*

Sin perjuicio: el inventario es de necesidad para el caso de heredero desconocido, y provechoso para el conocido y ausente.

ARTICULO 868

Cuando quiera que comparezca el heredero en persona ó por apoderado legítimo, se suspenderán las diligencias de inventario, si lo pidiere y no hubiere parte interesada que lo contradiga, y cesará el administrador judicial en su encargo.

Tampoco se necesita motivarse: cesando la causa deben cesar sus efectos, y no hay ausencia desde que el heredero comparece por sí ó por apoderado legítimo.

ARTICULO 869.

Si la comparecencia fuere despues de formado el inventario, aprovechará este al heredero que haya cumplido lo dispuesto en los artículos 843 y 844.

El inventario no puede menos de aprovechar al que ignoraba ser tal heredero y contra quien no corrian por esta razon los términos de los artículos 843 y 844; mas por la razon contraria no debia aprovechar al que, sabedor de su derecho, no cumplió con ellos.

ARTICULO 870.

En todas las diligencias judiciales será oido el administrador defensor hasta la comparecencia del heredero ausente ó ignorado: el ministerio fiscal lo será únicamente cuando medie interes público; y en los demas trámites y solemnidades de esta materia se arreglará el juez á lo dispuesto en el Código de procedimientos civiles.

El administrador es por este solo concepto al mismo tiempo defensor de los bienes; pero la comparecencia del heredero, único interesado, le priva de toda representacion; el fiscal no debe por punto general intervenir en negocios de puro interes privado.

SECCION VI.

DEL INVENTARIO Y SEPARACION DE BIENES Á PETICION DE LOS ACREEDORES Y LEGATARIOS.

Esta seccion encierra otro caso de inventario de bienes hereditarios.

El caso puede ser frecuente, y siempre de grande importancia para los legatarios y acreedores del difunto que contrajeron con este, atendida su fortuna y calidades personales: el Código Frances habla solo de acreedores; el Romano, el de la Luisiana y otros, de acreedores y legatarios.

¿Será justo que se empeore su condicion porque la herencia pasó á manos de un deudor agoviado ó tramposo con quien contrajeron? ¿Puede racionalmente presumirse haber querido el testador que por las mismas causas quedará burlada su liberalidad para con los legatarios?

Atendida, pues, la frecuencia é importancia de esta materia, no es estraño que todos los Códigos modernos á imitacion del Romano se hayan ocupado de ella, y ninguno con tanta proligidad como el de la Luisiana; pero lo hacen despues de la particion y colacion, al tratar del pago de las deudas.

Por lo tanto, parece mas estraño el silencio de nuestras Partidas sobre este punto á que hallamos consagrado el título 6, libro 42 del Digesto; ¡las Partidas tan difusas é impertinentes, tan fiel trasunto de todas las sutilezas y antiguallas del Digesto!

Era, pues, forzoso llenar este vacío de nuestro Derecho Patrio; y ha parecido mas propio este lugar que el señalado en el título 6, libro 42 del Digesto, tan distante de aquellos en que se trata de las herencias.

En los Códigos modernos se trata de este punto incidentalmente con el del pago de las deudas; pero como es posible que este no llegue á realizarse, y el inventario debe preceder al pago, y se realiza siempre, hay mas oportunidad y consecuencia en darle lugar aquí, pues que se vá tratando de los inventarios con motivo ú ocasion de las herencias.

ARTICULO 871.

Los acreedores y legatarios del difunto, aunque lo sean á plazo ó bajo condicion, pueden pedir la formacion de inventario y separacion de los bienes del difunto y del heredero.

El artículo 878 Frances habla solo de los acreedores, pero el 2111 comprende espresamente á los legatarios, el 1153 Holandes copia el 878 Frances: ni este ni aquellos hablan de los que tengan un dere-

cho incierto y eventual como nuestro artículo, conforme en esto con los 1401 al 1404 de la Luisiana; el 1100 Sardo concede tambien este beneficio á los acreedores y legatarios sin hablar de derecho eventual ó condicional, é igualmente el 799 de Vaud.

Quotiem heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris sed etiam eos quibus legatum fuerit impetrare bonorum separationem æquum est; ita ut cum creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quæratur. Ley 6 al principio, título 6, libro 42 del Digesto, con la que están conformes la 1 y 2, título 72, libro 7 del Código.

Creditoribus, quibus ex die vel sub conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt æque separatio dabitur quoniam est ipsis cautione communi consuletur. Legatarios autem in ea tantum parte quæ de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit. Ley 4, del título y libro del Digesto mencionados.

Se vé pues, que nuestro artículo guarda entera conformidad con el Código de la Luisiana y el Derecho Romano y con el artículo 1039.

Cierto es que ni el Código de la Luisiana ni el Derecho Romano hablan de la formacion de inventario; pero no se concibe que sin él puede hacerse la separacion de bienes.

Y del heredero: bien sea en primero ó en segundo grado, porque en ambos casos milita la misma razon.

Cuando el mismo heredero ha aceptado la herencia á beneficio de inventario no tienen los herederos y legatarios necesidad de pedir la separacion, porque está hecha ya por el mismo inventario que impide, segun el artículo 856, la confusion de los derechos y obligaciones del heredero con los del difunto.

La justicia de este artículo es evidente: los acreedores no contrajeron con el heredero sino con el difunto por consideraciones personales ó de su patrimonio; sin pensarlo ni quererlo *inciderunt in heredem*; y no es justo que por hallarse este agoviado de deudas pierdan sus créditos, cuando pueden pagarse con los bienes del difunto ó deudor primitivo.

ARTICULO 872.

Los acreedores y legatarios podrán usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, respecto de los bienes muebles, dentro de tres años, á contar desde la muerte de su deudor ó causante, con tal que los bienes existan en poder del heredero.

En cuanto á los inmuebles conservarán este derecho, haciéndolo anotar dentro del término que se fija en el artículo 1872.

En cuanto al termino para concluir el inventario y en todos los

demas casos, se observará lo dispuesto en los artículos 846, 847, 848, 849, 851 y 862.

Este artículo fue al principio redactado en otro sentido, á saber: que el inventario y separacion se habian de pedir dentro de tres meses desde la aceptacion de la herencia, porque el término de cinco años concedidos por la ley 1, párrafo 13, título 6, libro 42 del Digesto, pareció exorbitante y ocasion de embarazos, confusion y pleitos: asi está dispuesto en los artículos 1409 y 1410 de la Luisiana, y en el 793 de Vaud; despues se varió en los términos que hoy tiene.

El artículo 880 Frances concede el ejercicio de este derecho por tres años en cuanto á los muebles; en cuanto á los inmuebles, por todo el tiempo que existan en poder del deudor; pero en el 2111 lo modifica, disponiendo que para conservar los acreedores su privilegio sobre los bienes de la herencia, hayan de hacer las inscripciones sobre cada uno de ellos en los seis meses siguientes á la apertura de la misma.

El 1156 Holandes lo reduce á tres años, sin distincion de bienes; el 800 Napolitano sigue al Frances, asi como el 991 Sardo.

La citada ley Romana concede el término de cinco años, sin distinguir de bienes; pero la 2 siguiente declara válidas é irrevocables las enagenaciones hechas de buena fé por el heredero antes de pedir su separacion.

Largo en demasía parece el término de tres años; pero al fin las circunstancia de haber de existir los bienes muebles en poder del heredero lo hace menos sensible; y lo mismo puede decirse respecto de los inmuebles, quedando sujetos los acreedores á requerir la anotacion preventiva de su respectivo derecho dentro de seis meses, contados desde el dia en que se abrió la herencia, y haciéndolo constar asi en forma auténtica.

El Código de la Luisiana, al paso que reduce el término á tres meses, prohibe en su artículo 1411 al heredero enagenar, empeñar ó vender los bienes de la herencia so pena de nulidad.

De aqui se deduce que todos los Códigos, ó reduciendo el término y prohibiendo entre tanto las enagenaciones, ó alargándolo y autorizándolas, se han propuesto el mismo objeto de no tener en suspenso por mucho tiempo la suerte de las cosas y dar estabilidad á las enagenaciones.

ARTICULO 873.

El heredero se eximirá de la formacion de inventario, afianzando competentemente al pago de los créditos y legados.

Los acreedores y legatarios consiguen aún mayor seguridad con la fianza que con el inventario: falta, pues, la causa y objeto de este,

porque no siendo necesario, ¿se ha de obligar al heredero á que se hagan públicos los secretos de la herencia? Asi la disposicion de este artículo procede aun cuando la resistan los acreedores y legatarios, que tal vez no conseguirian su objeto por la reparacion, no alcanzando para el pago los bienes de la herencia, y lo consiguen mediante la fianza.

ARTICULO 874.

Los acreedores y legatarios que libremente hayan pactado con el heredero, ó hecho otro acto del que aparezca haberse entregado á su buena fé, no pueden reclamar este beneficio.

Viene á ser el 879 Frances que dice: «Sin embargo, este derecho no puede ser ejercido, cuando hay novacion en el crédito contra el difunto, por aceptar al heredero por deudor:» lo copian el 1158 Holandes, 1101 Sardo, 794 de Vaud, y 799 Napolitano.

El Derecho Romano pone varios ejemplos en la ley 1, párrafos 10, 11 y 15, título 6, libro 42 del Digesto, de esto, y los encierra todos en la general espresion *qui fidem hæredis secuti sunt*; porque segun la regla 75, título 17, libro 50 del Digesto, fundada en equidad manifiesta: *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*: pero no hay novacion, ni debe presumirse que siguieron la fé del heredero, por el solo hecho de haberle demandado en juicio, pues que no lo hicieron libremente sino por necesidad, segun la ley última del mismo título 6, libro 42, *quia ex necessitate hoc fecerunt.*

ARTICULO 875.

Los efectos del inventario y separacion de bienes son los siguientes:

1.° *Los acreedores y legatarios que la obtuvieren escluyen en los bienes hereditarios á los acreedores del heredero; pero no cobrarán si no lo que habrian cobrado, si todos los acreedores y legatarios hubieren pedido la separacion.*

2.° *Hecho el pago de los que obtuvieren la separacion en conformidad al número anterior, el remanente de la herencia pasa al heredero, y los demas acreedores y legatarios corren la suerte que todos los acreedores del mismo.*

3.° *Los acreedores y legatarios que obtuvieren la separacion, no pueden repetir contra los bienes propios del heredero sino despues de pagados todos los acreedores de este.*

Los tres efectos de este artículo han sido tomados del Derecho Romano, y su equidad es manifiesta; leyes 1, párrafos 16 y 17, y 5, título 6, libro 42, unidas á la 5, párrafo 1, título 8, libro 2 del Digesto.

El primero es precisamente el objeto del inventario y separacion; pero ni es ni puede ser la esclusion de los de su misma clase; estos no serán pagados porque no usaron del beneficio; lo que deberia tocarles aumentará los bienes propios del heredero, con cuyos acreedores concurrian los del difunto; en una palabra, la suerte de los beneficiarios será la misma que habria sido sin la muerte del deudor.

El tercero no necesita fundarse: los acreedores y legatarios escogieron el medio que les pareció mas ventajoso; no tienen, pues, justo motivo de queja, y hasta puede decirse que injuriaron al heredero no teniéndole por idóneo para el pago. Asi estaba dispuesto por las leyes citadas, aunque la 1, en su párrafo 17, esceptúa el caso de justísima ignorancia por parte de los acreedores; pero aun en este caso, segun la ley 3, párrafo 2, no podia repetir contra los bienes del heredero, si no despues de pagados los acreedores personales de este.

Nuestro artículo se aparta en este punto del Derecho Romano, prefiriendo el artículo 1415 de la Luisiana, en el que se dispone lo mismo que en el número 3 del nuestro; pues por la simple aceptacion de la herencia, que viene á ser un cuasi contrato, quedó tambien obligado el heredero á los acreedores del difunto.

ARTICULO 876.

Los gastos de inventario serán á cargo de los que lo pidieren.

Los gastos deben ser pagados por el que los provea ú ocasiona para seguridad de su crédito ó legado.

Lo contrario se verifica cuando se recibe la herencia á beneficio de inventario, segun he observado en el artículo 862, por no ser justo obligar al heredero á aceptar ciegamente una herencia que puede causar su ruina.

ARTICULO 877.

Los acreedores del heredero no pueden pedir el inventario y separacion de los bienes de éste.

Está conforme con el 881 Frances, 1157 Holandes, 1103 Sardo, 801 Napolitano y 795 de Vaud.

El 1412 de la Luisiana dispone lo contrario: «los acreedores del heredero tienen igualmente el derecho de pedir la separacion de los patrimonios contra los acreedores hereditarios.»

¿Quæsitum est an interdum etiam hæredis creditores possunt separationem impetrare, si forte illi in fraudum ipsorum adierit hæreditatem? Sed nullum remedium est proditum. Sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt nisi si extra ordinem putamus prætorem ad-

versus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est, quod non facile admissum est; ley 1, párrafo 5, título 6, libro 42 del Digesto.

A cualquiera es permitido empeorar la condicion de su acreedor, agregándose otro ú otros. Los acreedores del difunto no contrajeron con su heredero, si no que *incidieron* ó recayeron sobre él por un hecho posterior é inevitable; lo contrario sucede en los acreedores del heredero, *qui fidem ejus secuti sunt.*

Los autores pretenden esceptuar el caso en que aparezca manifiestamente haber aceptado el heredero con ánimo de perjudicar á sus acreedores personales, y al afecto alegan el mismo párrafo 5 de la citada ley, que prueba precisamente lo contrario; *nullum remedium est proditum, sibi imputent qui cum tali contraxerunt.*

Está, pues, conforme nuestro artículo con el Derecho Romano y con los Códigos modernos á escepcion del de la Luisiana.

CAPITULO II.

De la colacion y particion.

SECCION PRIMERA.

DE LA COLACION.

La colacion tuvo por objeto la igualdad entre los hijos, pues se presume haber sido esta la voluntad del difunto, si no lo manifestó en contrario.

La equidad de la colacion es manifiesta *hic titulus (de collatione) manifestam habet æquitatem*, dice la ley 1, título 6, libro 37 del Digesto; y por esto ha sido adoptado en todos los Códigos.

Entre los Romanos fué introducida para que los hijos emancipados, viniendo á heredar al padre *por la posesion de los bienes contra el testamento*, no fuesen de mejor condicion que los constituidos bajo la patria potestad. Simplificado despues por Justiniano el órden de las sucesiones, se simplificó tambien la colacion, limitándola á los bienes profecticios; pero estendiéndola á todos los descendientes, pasando en silencio los ascendientes y colaterales.

La ley 3 y siguientes, título 15, Partida 6, tampoco hablan sino de hermanos é hijos del difunto, es decir, de descendientes, guardando sobre los otros el mismo silencio que el Derecho Romano. Las leyes recopiladas hacen mencion espresa de hijos y descendientes; 9, título 6, libro 10, ó 15 de Toro.

El Código Frances en su artículo 843, impone la necesidad de colacionar á todos los coherederos sin distinguir de lineas, y ha sido copiado en el 762 Napolitano, 1132 Holandes, 769 de Vaud, y en el 13 Bávaro, capítulo 3, libro 1: por el contrario, el Código Sardo, en sus artículos 1067 y siguientes, el de la Luisiana en los suyos 1313 y 1314, y el Prusiano en el 319, título 2, parte 2, restringen la colacion á los descendientes.

En nuestro sistema la necesidad de colacionar comprende únicamente á los herederos forzosos; pero á todos, bien sean descendientes ó ascendientes.

Nos apartamos, pues, de todos los Códigos mencionados: la generalidad del Código Frances y de los que los siguen, ha parecido escesiva por comprender á la linea colateral, que no puede igualarse bajo ningun aspecto con la recta: la limitacion del Derecho Romano, Patrio y de otros Códigos, ha parecido mezquina y poco razonable, porque dejando aparte que en la linea recta los derechos, deberes y afectos tienen la misma favorable presuncion y reciprocidad quitada la necesidad de la colacion, seria fácil á un hijo ó descendiente hacer ilusoria la legítima de uno de sus padres ó ascendientes; en una palabra, donde la ley reconoce legítima, debe tambien reconocer colacion.

El método seguido aquí parece mas natural que el del Código Frances, pues trata de la particion antes que de la colacion, cuando en el órden de las ideas la colacion debe preceder á la particion.

Por lo que hace al Derecho Romano, si bien las Instituciones han sido y serán siempre reconocidas, como el tipo y modelo del buen órden y division de materias, no puede decirse otro tanto del Digesto, y la materia presente es, como casi todas, un monumento de esta verdad. En el título 3, libro 5, se trata de la peticion de la herencia; en el título 2, libro 10 de su division; en el 6 y 7, libro 37 de la Colacion.

En nuestras leyes de las Partidas no se descubre el desórden de su original por lo respectivo á esta materia. En la Partida 6 se trata primeramente de las herencias testamentarias y legados; luego en el título 13 de las herencias sin testamento; en el 14 de la peticion y entrega de la herencia; en el 15 de la particion y colacion (vé la ley 3), que es el órden seguido, con ligeras modificaciones, en este Código.

ARTICULO 878.

Las disposiciones de esta seccion se entienden sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente sobre mejoras y legítimas.

Vé las secciones 1 y 2, título 1 de este libro.

ARTICULO 879.

Los herederos forzosos están obligados á traer entre sí á colacion y particion de la herencia los bienes que recibieron del difunto, cuando vivia, ó de otros por mera contemplacion al mismo.

Vé lo espuesto al frente de este capítulo sobre la variedad de las legislaciones á la necesidad de colacionar, y los motivos de la innovacion que se hace en este artículo, estendiéndola á todos los herederos forzosos.

Cuando vivia: porque lo dejado en testamento se entiende exento de la colacion, segun el artículo 882.

Por mera contemplacion. Esto podia pasar en Derecho Romano y Patrio; pues segun sus intérpretes, fueron reputados por profecticios los tales bienes; mas parece pugnar con nuestros artículos 151 y 153, y con lo que, apoyándome en su letra, dejo allí espuesto.

ARTICULO 880.

Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipo, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que escedan en un décimo ó mas de la cantidad disponible por testamento.

Gomez, en sus comentarios á la ley 29 de Toro, opina que no deben imputarse los gastos de boda, pero sí los regalos: siguen á Gomez varios autores, y entre ellos Febrero.

Los gastos que ocasiona la solemnidad de las bodas interesan al honor de los padres, y perecen así que son hechos: los de los regalos duran, son útiles y cubren una carga ú obligacion propia del hijo.

No dejan de ser plausibles las razones de esta diferencia; pero en el artículo 885 quedan exentos de colacion los regalos de costumbre; y los de boda, en rigor, deberian reputarse tales: «Los gastos ordinarios de equipos ó de bodas, y los regalos de costumbre, son de parte del padre una deuda, y no una liberalidad; al dar la vida á sus hijos, contrajo la obligacion de mantenerlos, educarlos y *equiparlos*,» se dice en el discurso 52 Frances al motivar su artículo 852, que los exime de colacion; y el artículo Frances ha sido copiado en el 1075 Sardo, 1322 de la Luisiana, en el 774 de Vaud, 771 Napolitano y 1143 Holandes.

En nuestro artículo se ha tomado un término medio, sujetando únicamente á colacion y declaracion de inoficiosidad el esceso en un décimo ó mas de la cantidad disponible.

ARTICULO 881.

Cuando los nietos sucedan al abuelo en representacion del padre, concurriendo con sus tios ó primos, aportarán todo lo que deberia aportar el padre si viviera, aunque no le hayan heredado.

Es una consecuencia forzosa del derecho de representacion, segun los artículos 754, 755 y 765; ademas, seria inicuo que los tios aportasen á favor de los nietos del difunto, y estos no lo hicieren á favor de aquellos: la dilapidacion del padre debe mas bien perjudicar á sus hijos que á los hermanos y sobrinos.

Conforme con la segunda parte del artículo 848 Frances, seguido por el 767 Napolitano, 1318 de la Luisiana, 1071 Sardo y 1135 Holandes.

Guarda tambien conformidad con la legislacion Romana y Patria, porque la hay en todos los Códigos sobre la disposicion de nuestro artículo 765: vé lo en él espuesto.

Aunque no le hayan heredado. El nieto que repudia la herencia del padre, ó fué desheredado por este, le representa todavia para heredar á su abuelo, porque ya queda dicho que los nietos nunca heredan sino por derecho de representacion, y no pueden tener mas derechos que los de su representado.

ARTICULO 882.

El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colacion, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser espresa.

Sin embargo, lo dejado en testamento se entiende exento de la colacion, si el testador no dispusiera lo contrario, quedando en todo caso salva la legítima.

La primera parte de nuestro artículo está conforme con el final del 843 Frances, seguido por el 762 Napolitano, 1132 Holandes, 1067 Sardo, 1309 de la Luisiana y 769 de Vaud.

Si parens hoc designavit expressim, auténtica á la ley 1, título 20, libro 6 del Código, tomada de la Novela 18, capítulo 6, que está, si cabe, aun mas espresa.

Exigiendo que la dispensa haya de ser espresa, se cortan casi todas las cuestiones que voluntariamente han suscitado los intérpretes: ademas, se guarda consecuencia con lo dispuesto en el artículo 657.

La segunda parte guarda conformidad con el artículo 1074 Sardo, 788 Napolitano y 15 Bávaro, capítulo 3, libro 1.

No alcanzo la razon de haberse dispuesto lo contrario en el artículo Frances 843, copiado en algunos Códigos.

¿Cómo no suponer la dispensa de colacionar, cuando en el acto postrero y mas solemne distingue el padre á un hijo entre todos los otros? ¿No es este un verdadero prelegado, aun cuando no se esprese? ¿Y no seria ociosa la tal espresion?

Asi se estimó entre los Romanos, *ne inutilis atque frustranea esset ultima voluntas testatoris.*

Por esto sin duda, ni en el Derecho Romano ni en el nuestro, al tratarse de esta materia, se habla de legados, sino de lo recibido por acto entre vivos, en lo que se halla tambien conforme Febrero, tomo 3, página 350: el artículo guarda en esta parte consecuencia con el citado 657.

ARTICULO 883.

El padre no está obligado á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado á su hijo por aquellos, ni el esposo ó esposa lo donado á su consorte por el suegro ó suegra, aun cuando el donador disponga espresamente lo contrario.

Conforme con el 847 y 849 Franceses, 1135 Holandes, 766 y 768 Napolitanos, 1317 de la Luisiana en cuanto al padre, 1070 y 1072 Sardos, y 772 de Vaud en cuanto al padre.

No encuentro disposicion especial sobre la primera parte en el Derecho Romano ni en el Patrio: este silencio no puede atribuirse sino á la circunstancia de no haberse puesto nunca en duda este punto; el padre que hereda en nombre propio, no puede ser responsable y menos sufrir menoscabo en su legítima por lo donado á otro, aunque sea su propio hijo: ademas, la colacion no tiene otro objeto que establecer la igualdad entre los mismos coherederos; no debe por lo tanto colacionarse lo donado á los que no lo son.

En cuanto á la segunda parte la ley 6, título 15, Partida 6, dice: «si el padre fiziesse donacion ó arras á la muger del fijo» debe traerse á colacion; pero entonces habia en el novio obligacion de hacerlas, y se imponia que el padre la cumplia por el hijo.

Aun cuando el donador, etc.: porque de otro modo podria llegar el caso de salir perjudicado el hijo en su legítima por liberalidades no hechas al mismo, y que no tenia él obligacion de hacer.

ARTICULO 884.

Los gastos hechos por el padre en la curacion de su hijo, aunque sean grandes y estraordinarios, y procedan de donde se quiera, no pueden sujetarse á colacion.

Es tan conforme á la justicia como á la piedad natural: en todos los Códigos, sea que se esprese ó no los alimentos comprenden los gastos de enfermedad y curacion. «E aun cuando enfermare, las cosas que fueren menester para cobrar su salud. Ca todas estas cosas son menester para la vida del ome,» segun dice la ley 5, título 33, Partida 7: exigir la colacion de estos gastos sería una impiedad por parte del padre y de los hermanos.

Y procedan de donde se quieran: con esto se cierra la puerta á toda investigacion inmoral y odiosa acerca de la causa de la enfermedad: véjlo espuesto sobre alimentos en el artículo 71.

ARTICULO 885.

Tampoco pueden sujetarse á colacion los gastos de alimentos, educacion, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.

Conforme con el artículo 852 Frances y demas estranjeros citados en el penúltimo párrafo del artículo 880.

El 1143 Holandes allí citado, dispone lo mismo de los gastos de reemplazo ó sustitucion que haga el padre para eximir al hijo del servicio militar; y yo tengo por muy razonable y conforme al espíritu de nuestro artículo esta disposicion, ya por la naturaleza noble del servicio y por el beneficio que reporta el Estado, ya porque el padre utilizará en provecho suyo el trabajo del hijo, y no lo utilizaria estando en el servicio.

ARTICULO 886.

Los gastos que el padre haga en dar á sus hijos la carrera de estudios, de las armas, diplomática ú otra que prepare para ejercer una profesion que requiera título, ó para el ejercicio de las artes liberales, por razon de título clerical, compra de algun oficio ú otro establecimiento y para el pago de sus deudas, se traerán á colacion; pero se rebajará de ellos lo que el hijo habria gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres.

El padre podrá dispensar esta colacion, salvo lo dispuesto en el artículo 882.

En el Código Frances no se hace mencion de estos gastos, cuyo caso puede ser muy frecuente, á no ser que se entiendan comprendidos en las palabras, *nourriture, education* del artículo 852; pero esto es muy vago, y no hay razon para comprender gastos grandes y estraordinarios, que solo producen ventajas al hijo, bajo una espresion genérica, y que tiene mejor aplicacion á los gastos de una educacion ordinaria.

El Derecho Romano habla del caso de estudios, y establece que

sean imputables los gastos cuando el padre lo quiso, no cuando los hizo por piedad, que es lo que en duda se presume: aun en el caso de imputarse, los autores adoptan la distincion que se hace en nuestro artículo.

Por el mismo Derecho nunca era colacionable el peculio castrense, y se comprendia en él lo que daba el padre al hijo *para ó por razon de milicia.*

La ley 5, título 15, Partida 6, es tan clara como las Romanas, en cuanto á los gastos ocasionados *por y para* la milicia; pero mucho mas espresa acerca de los gastos de estudios y libros, pues los compara á los de la milicia ó caballeria.

Pero no debe concederse á los estudios y armas un favor resistido por la equidad natural que se recomienda la igualdad entre los hijos, *causa y fin de la colacion.*

La verdad es que los tales gastos son estraordinarios, y mejoran la condicion del hijo para toda la vida; que para hacerlos ni el padre ni el hijo han tenido en cuenta para nada el procomunal; que las hembras, mas débiles y dignas por esto de mayor proteccion, saldrian siempre perjudicadas.

Serán, pues, colacionables estos gastos con la modificacion del artículo cuando no hubo dispensa espresa.

Salvo lo dispuesto: es decir, quedando en todo caso á salvo la legítima.

ARTICULO 887.

No han de traerse á colacion y particion las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el valor que tenian al tiempo de la donacion ó dote, aunque no se hubiere hecho entonces su justiprecio.

El aumento ó deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo y riesgo del donatário.

Este artículo es el capital de la seccion y contiene una novedad importante contraria á la opinion comun de los autores y á casi todos los Códigos.

Está redactado segun la opinion de Ayosa, de *partitione* parte 1, capítulo 3, número 10, citado por Salas en su Digesto, libro 37, titulo 6, número 4; conviene ver á Ayosa.

Los intérpretes de Derecho Romano, sostienen comunmente que se ha de atender al tiempo de la colacion ó muerte del ascendiente; pero no se fundan en ley espresa, pues la 6, título 22, libro 8 del Código, habla de caso y tiempos diversos.

Febrero, tomo 3, página 379, desde el número 78 al 83, trata esta cuestion en el mismo sentido que el comun de los glosadores, y

con la misma confusion por el gran número de casos ó hipótesis que pone.

Sin embargo, no puede negarse que segun las leyes 2, párrafo 2, título 6, libro 37, 20, párrafo 3, título 1, libro 36, y 7, párrafo 16, título 3, libro 24, si la cosa donada ó dada en dote pereció ó se deterioró inculpablemente, la pérdida ó deterioro no son de cargo de la muger ó donatario, *vir autem bonus non est arbitraturus conferendum id quod nec habet nec dolo, nec culpa desiit habere*, dicha ley 2.

Los artículos 855, 859, 860 y siguientes del Código Frances, se resienten de la misma sutileza y confusion, descendiendo á una gran variedad de casos; y hasta aparece alguna contradiccion entre ellos.

Segun el 855, el inmueble que parece por acaso, no es colacionable: en el caso del 860, el valor del inmueble se ha de regular por el que tenga al abrirse la sucesion, y segun el 868, en los muebles solo se colaciona el valor que tuvieron al ser donados, aunque entonces no fuesen valorados.

En todos los Códigos modernos se advierte igual sino mayor prolijidad y confusion que en el Frances, copiados por unos y modificado mas ó menos por otros: asi fué mayor mi desconfianza al proponer un sistema enteramente opuesto y nuevo; pero, aun el que ataque su justicia, no podrá negar su sencillez.

En él se parte de un hecho cierto y de un derecho claro.

La donacion ó dote fué una verdadera enagenacion, y poco importa que la cosa fuese mueble ó inmueble; se donó ó dió por lo que entonces valia: este es el hecho.

El derecho aplicable á este hecho es no menos claro: el aumento ó detrimento de la cosa, su pérdida, aun casual é inculpable, es para su dueño, que á su vez lo pudo enagenar; y tal vez hayan ocurrido dos ó muchas enagenaciones.

Esta ha sido la opinion de toda mi vida, sin negar por ello que la contraria era la comun, y tal vez la mas conforme al derecho constituido; pero ahora se trata de constituir el que parezca mas sencillo y conveniente.

Por Derecho Romano no debia la mujer traer á colacion la dote ó parte de ella, que sin culpa ó negligencia suya no pudo cobrar del marido pobre: *aliud moribus* dice, Voet, quien no resuelve claramente si cuando pereció sin culpa, pereció para la mujer.

Ayora en el lugar citado, apoya y desenvuelve su opinion desde el número 10, al 19. Primeramente rebate los argumentos de autoridad sacados por Antonio Gomez de las leyes Romanas; en el número 15 comprueba la equidad de su opinion con ejemplos de dotes dadas en ganados, siervas en un terreno erial, etc: en el 16, arguye con el ejem-

plo de la cosa dada en pago, cuya pérdida, aumento ó disminucion, pertenece desde entonces al acreedor; y las dotes ó donaciones se dan espresa ó tácitamente en pago de la legítima.

En el número 25 vuelve al mismo tema, repite los mismos ejemplos y concluye diciendo: *conclusio hæc verior est, et multas dirimit quæstiones.*

Cuán cierto sea esto último, puede verse con solo reconocer simplemente todos y cualquiera de los Códigos modernos. La sola dificultad que se presenta, es la de estimar los inmuebles no estimados al tiempo de la donacion: pero el Código Frances, en el artículo 868, recurre á este medio en los muebles, de mas difícil tasacion, cuando han perecido ó pasado largo tiempo: lo inmueble no se desfigura ni altera tanto, ni tan fácilmente.

ARTICULO 888.

El donatario tomará de menos en la masa hereditaria otro tanto como lo que ya tiene recibido, ó los coherederos percibirán otro tanto mas en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, en cuanto sea posible.

El 858 Frances dice: «La colacion se hace en especie (en nature) ó tomando de menos»: le copian el 1158 Holandes, 778 de Vaud, 1351 de la Luisiana, 1084 Sardo, y 771 Napolitano.

Los Códigos modernos se hallaban conformes en esto con el Derecho Romano, ley 1, párrafo 12, y 13, título 6, libro 37 del Digesto, y Novela 97, capítulo 6, *conferre suam dotem, aut minus tantum accipere:* lo mismo se establece en las leyes 5 y 4, título 15, Partida 6.

Se vé, pues, que nuestro artículo se diferencia de todos los Códigos citados; esto es una consecuencia del anterior, en el que se ha establecido que no se han de traer á colacion las mismas cosas, sino el valor que tenian al tiempo de ser donadas ó dadas en dote.

Pero aunque esto haya parecido mas equitativo y sencillo, no se da desde luego derecho á los otros coherederos para indemnizarse en metálico: el artículo tiende á conservar entre ellas toda la igualdad posible.

El Código de la Luisiana, artículos 1351 al 1354, concede á los coherederos el derecho de vender otros objetos para indemnizarse en metálico; pero debe advertirse que en el 1355 permite al donatario poseedor de un inmueble, traerlo á colacion ó retenerlo: se compensa, pues, una eleccion con otra.

ARTICULO 889.

No pudiendo verificarse la indemnizacion é igualdad con arreglo al artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tienen derecho á ser igualados en metálico, y no habiéndolo en la herencia, se venderán bienes de la misma en pública subasta, hasta en la cantidad necesaria.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos solo tendrán derecho á ser igualados en los otros muebles de la herencia, á su libre eleccion, por el justo precio.

El artículo 859 Frances exije la colacion en especie respecto de los inmuebles no enagenados por el donatario, si no hay en la herencia inmuebles de la misma naturaleza, valor y bondad para formar dotes casi iguales: el 868 dispone, que la colacion de los muebles se haga únicamente tomando de menos y por el valor de ellos al tiempo de la donacion si fueron estimados; en otro caso deben ser estimados por espertos ó peritos.

Dáse por razon de esta diferencia, que los inmuebles no se reputan haber sido donados sino para gozar de ellos y con la carga de restituirlos á la herencia; y los muebles se reputan donados en toda propiedad, con la sola carga de restituir su valor.

Estas razones de diferencia son puramente voluntarias, segun queda demostrado en el artículo 887; y no carece de contradiccion declararse válida en el artículo 860 Frances la enagenacion del inmueble hecha por el donatario, y que solo se haya de colacionar el valor que tenia al tiempo de abrirse la herencia, con establecer que en los muebles se atienda al valor que tenian al tiempo de ser donados.

Como quiera, se ve que la segunda parte de nuestro artículo es conforme al 868 Frances, aunque el nuestro añade con justicia y oportunidad, que *los coherederos solo tendrán derecho á ser igualados.*

En cuanto á los inmuebles, como de mayor aprecio é importancia, debe ser mas lato el derecho de los coherederos, pues que en muchas ocasiones preferirian los bienes raices paternos al metálico.

Si lo donado ó dado en dote fue metálico, es claro que los coherederos tendrán derecho á ser indemnizados en lo mismo; y yo no alcanzo en qué pueda fundarse el artículo 869 Frances, «aunque copiado en todos los Códigos,» por el que se dispone que, á falta de metálico en la herencia, el donatario puede dispensarse de traerlo á colacion abandonando otro tanto de los muebles si los hay, y si no de los inmuebles hereditarios.

ARTICULO 890.

Los frutos é intereses sujetos á colacion no se deben á la masa hereditaria sino desde el dia en que se abrió la sucesion.

Para regularlos se atenderá á las rentas é intereses de los bienes hereditarios y de la misma especie que los donados.

Sobre el tenor de este artículo hay conformidad en todos los Códigos por ser evidente su justicia: los frutos ó intereses no pueden deberse á la herencia sino desde que esta existe, y no comenzó á existir sino desde la muerte natural de aquel á quien se trata de heredar segun el artículo 550: desde entonces tuvo principio la necesidad de colacionar, y á la herencia ó masa hereditaria corresponden y deben agregarse los frutos é intereses de todos los bienes que la componen, como son los sujetos á colacion. El donatario los percibió hasta entonces de buena fé y de consiguiente los hizo suyos: obligarle á su abono ó restitucion, equivaldria á arruinarle lejos de haberle favorecido por la donacion.

El abono ó restitucion habrá de hacerse por lo dispuesto en los artículos 429 y 430, teniéndose presente lo que se previene en la segunda parte de nuestro artículo.

ARTICULO 891.

Cuando el inmueble ó inmuebles donados escedieren el haber del donatario, y este los hubiese enagenado, los coherederos solo podrán repetir contra el tercer poseedor por el esceso y prévia escusion de los bienes del donatario.

El donatario era dueño y de buena fé; es por lo tanto preciso consultar á la estabilidad de la enagenacion, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legítima que no pudo ser menoscabado por el donador: solo, pues, podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto la donacion fué inoficiosa y prévia escusion en los bienes del donatario: vé el artículo 971.

ARTICULO 892.

Aunque los herederos no estén conformes en lo que alguno de ellos debe traer á colacion, se irá adelante en la particion, asegurando préviamente con fianza, depósito ú otro equivalente, el derecho reclamado por aquellos.

La comunion de bienes como origen de discordias es odiosa, y no

vale el pacto, *ne omnino divisio fiat*, ley 14, párrafo 2, título 3, libro 10 del Digesto: lo cierto y líquido no debe suspenderse por lo incierto é ilíquido.

Es conforme á lo establecido en los párrafos 9 y siguientes de la ley 1, título 6, y en el 7 de la 1, título 7, libro 37 del Digesto.

El Código Bávaro, libro 1, capítulo 3, artículo 15, número 21, pone y decide este caso en el sentido de nuestro artículo: «Si no hay conformidad sobre la suma que debe traerse á colacion, puede no obstante hacerse la particion; pero entonces el que debe realizar la colacion está obligado á dar fianza.

SECCION II.

DE LA PARTICION.

ARTICULO 893.

Todo coheredero que tenga la libre administracion y disposicion de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la particion de la herencia.

La particion envuelve enagenacion, crea derechos y obligaciones, para todo lo cual es necesaria la libre administracion y disposicion de los bienes, en una palabra, capacidad de obligarse de parte del que la pide.

En cualquier tiempo. El artículo 815 Frances es mas terminante, pues añade: «no obstante cualesquiera prohibiciones y convenciones en contrario;» y en esto es seguido generalmente por los otros Códigos, como tambien en que puede pactarse la suspension de la particion por un tiempo limitado que no pase de cinco años: el artículo 1038 Sardo añade al 815 Frances, «que, siendo menor alguno de los herederos, pueda el testador prohibir la particion hasta espirar el año siguiente á la mayor edad del mas jóven; pero que el tribunal podrá, segun la urgencia y gravedad de las circunstancias, permitir la particion:» casi lo mismo se dispone en el 1223 de la Luisiana.

El Código Frances siguió en esto al Derecho Romano, *in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*, ley 5, título 37, libro 3 del Código; *si conveniat, ne omnino divisio fiat hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet:* ley 14, párrafo 2, título 3, libro 10 del Digesto: se vé, pues, que el Derecho Romano, permitiendo el pacto prohibitorio de la particion, no fijaba el tiempo de su duracion y el Frances lo ha fijado.

No es posible desconocer el estrecho parentesco de la sociedad y de

la comunion de bienes, la cual, mediando pacto, viene á confundirse con aquella.

En las leyes 11, título 10, Partida 5, y 1, título 15, Partida 6, se espresan los inconvenientes de la comunion. La 11 habla de la sociedad formada para cierto tiempo ú objeto, y dispone que, á pesar de esto, se acabe por la renuncia de uno de los sócios; pero como en estos casos es intempestiva, el renunciante *tenetur ad interesse.*

Por Derecho Romano la sociedad puede ser perpétua, es decir, por la vida de los sócios, mas no eterna; ley 1, título 2, libro 17 del Digesto.

El artículo 1844 Frances dice: «si no se ha pactado la duracion de la sociedad, se entiende á vida,» aunque el 1869 admite en este caso la renuncia tempestiva: pero lo cierto es que en las sociedades hechas á tiempo determinado no limita este al de cinco años como lo hace el 815, en el pacto suspensivo de la particion; y yo no encuentro razon plausible de diferencia entre uno y otro caso.

En la primera redaccion de esta seccion se habian adoptado en artículos especiales las disposiciones del Código Frances y Sardo sobre la duracion del pacto prohibitorio de la particion, y para el caso de ser menor de edad uno de los coherederos: la Comision descartó los tales artículos, y las palabras *en cualquier tiempo* rechazan todo pacto, aunque sea por tiempo limitado.

ARTICULO 894.

Los tutores y curadores pueden pedir y admitir la particion pedida por otro, segun lo dispuesto en el artículo 238.

Vé lo espuesto en el artículo de la referencia: por Derecho Romano no podia el tutor pedirla sin autorizacion judicial que no le era necesaria cuando la particion era pedida por otro: hoy necesita la autorizacion del consejo de familia para el primer caso y no para el segundo, por manera que el juez es remplazado por el consejo.

ARTICULO 895.

El marido no puede pedir la particion á nombre de su muger, á menos que ella consienta, ni la muger sin la autorizacion del marido, y en su defecto de la del juez.

Si la piden los otros coherederos, deberán dirigirse contra el marido y la muger juntamente.

Conforme con el artículo 818 Frances, salvo que este autoriza al marido para pedir la particion de los objetos muebles ó inmuebles que

hayan recaido en su muger, cuando estén comprendidos en la comunion ó sociedad legal; pero esta diferencia procede de que la comunion ó sociedad legal Francesa es diferente de la nuestra como se espone en el capítulo 4, título 6 de este libro.

La particion es enagenacion, y el marido no puede enagenar ni aun con el consentimiento de la muger, segun el artículo 1280; pero como la particion es una enagenacion impropia y ademas forzosa, no viene comprendida en dicho artículo y el caso ha de regirse por lo dispuesto en este.

El segundo párrafo es una consecuencia de lo dispuesto en los 62 y 63; vé tambien lo dispuesto en el artículo 826.

ARTICULO 896.

Los herederos bajo condicion no pueden pedir la particion hasta que aquella exista. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de aquellos para el caso de existir la condicion; y hasta saberse que esta ha faltado ó no pueda ya existir, la particion se entenderá provisional.

El heredero condicional no es todavia heredero *de hecho*, aunque puede llegar á serlo; y únicamente á los herederos, *ya actuales ó de hecho*, corresponde el derecho de pedir la particion. Pero como puede llegar á existir la condicion, es justo que se provea á la seguridad de los primeros para este caso, y no puede menos de reputarse provisional la particion hasta saberse que ha faltado la condicion ó no puede ya existir.

ARTICULO 897.

Si antes de hacerse la particion muere uno de los coherederos, dejando dos ó mas herederos, bastará que uno de estos la pida; pero todos los que intervengan deberán obrar unidamente bajo una sola representacion, ó por un mismo procurador ó apoderado.

El derecho que para pedir la particion tenia el difunto coheredero no puede menos de pasar á sus herederos personales; y como la comunion es odiosa, bastará que uno solo de ellos pida la particion; pero todos los herederos del coheredero difunto, como que representan á este solo, tienen que obrar por un mismo procurador, porque *non potest in partes judicium scindi: sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur*, ley 48, título 2, libro 10 del Digesto.

Lo contrario debe practicarse entre los coherederos llamados inmediatamente y en nombre propio á la herencia, pues no podrán obrar

unidamente por un mismo procurador ó apoderado, *pluribus eundem procuratorem non est permittendum dare; quoniam res espediri non potest circa adjudicationes, et condemnationes: Plures permittendum dare si uni coheredi plures heredes existant*; ley 42, párrafo 6, titulo 5, libro 5 del Digesto.

ARTICULO 898.

En cuanto á la division de la herencia de un ausente, se estará á lo dispuesto en el título 11 del libro 1.

Vé los capítulos 3 y 4 del título á que se refiere este artículo.

ARTICULO 899.

Cuando el difunto hizo por acto entre vivos ó por última voluntad la particion de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos.

Conforme con el 1225 de la Luisiana; «no há lugar á la particion, si el difunto lo ha arreglado entre sus herederos legítimos ó estraños.»

La particion hecha por el testador era la mas firme entre los Romanos, pues no se rescindia por la lesion enorme si quedaba salva la legítima, ley 10, título 36, libro 3 del Código, pero no se estendia esta facultad hasta poderse cometer á otro.

La ley 7, título 1, Partida 6, autorizaba al padre para partir lo suyo entre sus hijos y nietos.

La 19 de Toro, ó 5 recopilada, título 6, libro 10, autorizó tambien al padre y abuelo para señalar la mejora en cosa determinada, pero sin poder cometer esta facultad á otra persona, y nosotros lo hemos admitido en el artículo 661.

Cuando los herederos no sean forzosos mal podrán ir contra la voluntad del que los ha favorecido; y si son hijos ó descendientes deben respetar el juicio y la voluntad del padre en cuanto no menoscabe su legítima.

ARTICULO 900.

La simple facultad de hacer la particion puede cometerse en vida ó en muerte á otro cualquiera, con tal que no sea uno de los coherederos.

Segun la ley 19 de Toro, citada en el artículo anterior, no procedia esta facultad; pero la recopilada 10, título 21, libro 10, y su nota, apoyan, á mi parecer, nuestro artículo, y comprende hasta el caso de quedar hijos menores.

Voet, número 5, título 2, libro 10, la sostiene como conforme á Derecho Romano y á equidad; pero habla en sentido de poderse cometer con la misma libertad que tenia el testador de dar mas ó menos; la ley recopilada se limita al simple acto de particion segun el respectivo derecho que tengan por la voluntad del testador, y cuyo ejercicio no puede en mi opinion cometerse ó delegarse, ni podia segun las leyes del título 19, libro 10, Novísima Recopilacion.

Se escluye á los coherederos, porque el interes del partidor se hallaria en oposicion con el de los otros, como en el artículo 661 se escluye al mismo mejorado.

Téngase presente la estension que se dá á esta facultad en el artículo 665.

ARTICULO 901.

Los tres artículos anteriores se observarán aun cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad ó sujeto á curaduria; pero el comisario deberá siempre inventariar los bienes de la herencia con citacion de los coherederos, acreedores y legatarios.

Véase lo espuesto en los dos anteriores: la necesidad que se impone al comisario guarda conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 244; habiendo un menor, ha de haber siempre inventario.

ARTICULO 902.

Cuando el difunto no hizo la particion ni cometió esta facultad á otro, si todos los coherederos se encuentran en el caso del artículo 893 y están presentes, podrán, de comun acuerdo ó por mayoria absoluta, partir la herencia en el modo y forma en que convengan judicial ó extrajudicialmente.

Teniendo todos los coherederos la libre administracion y disposicion de sus bienes segun el artículo 893, y hallándose todos ellos presentes, á ellos solos ó á su mayoria absoluta toca decidir del uso de su derecho como mejor les pareciere.

ARTICULO 903.

La mayoria se regulará por el órden prescrito en el artículo 1153; pero los que se creyeren agraviados podrán recurrir á los tribunales, sin perjuicio de llevarse á efecto lo acordado hasta que judicialmente se disponga otra cosa.

Parece duro que se niegue todo recurso al agraviado; pero es ne-

cesario ocurrir á que no se prorogue la comunion y á que los curiales no se apoderen de la particion.

ARTICULO 904.

Si alguno de los herederos estuviese ausente, se observará lo prescrito en el artículo 865; y, si el citado no compareciere y los presentes instaren por la particion, nombrará el juez defensor que sostenga los derechos del ausente; pero la particion concluida sin haberse presentado el ausente, no podrá llevarse á efecto hasta despues de aprobada por el juez.

Es justo mostrar mayor solicitud y dar alguna mayor garantía á los que no pueden ejercer y defender por sí mismos sus derechos.

Parece ademas conforme con la ley recopilada 10, título 21, libro 10 y su nota 10, en que se habla de defensores de ausentes, y se prescribe que la particion haya de ser aprobada por la respectiva justicia.

ARTICULO 905.

Si todos los coherederos ó alguno de ellos estuviere bajo tutela ó curaduría, el tutor ó curador está obligado á pedir la formacion de inventario, y, hecho este, se procederá á la particion; sin que el juez deba entrometerse de oficio en ninguna de estas operaciones, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Esto es una ventaja para el menor, y una consecuencia necesaria de no poder el tutor aceptar la herencia deferida al menor sino á beneficio de inventario.

Hasta ahora el juez, como protector de los menores, entendia en el caso de este artículo, pero su oficio y proteccion están hoy remplazados por el consejo de familia.

ARTICULO 906.

La aprobacion judicial de que se habla en el artículo 904 es tambien necesaria en el caso del artículo anterior, y oyendo préviamente el juez al consejo de familia; á falta de este requisito, la particion se entenderá ser provisional.

Cuando la herencia no pase de doscientos duros, bastará la aprobacion del consejo de familia.

Viene á ser en su fondo el 1042 Sardo que dice: «La particion puede ser hecha amistosamente, aun cuando entre los interesados haya menores, personas sujetas á interdiccion ó ausentes, con tal que, en lo

tocante á estos últimos, los parientes hayan sido puestos en posesion de sus bienes.

Sin embargo, esta particion deberá ser precedida de una estimacion de los bienes, y aprobada por el tribunal oyendo al consejo de familia: en defecto de estas formalidades, toda particion amistosa será reputada provisional.»

En rigor podria haberse suprimido este artículo. El nombramiento de tutor dativo por el consejo de familia, el testamentario y legítimo sugetos al mismo consejo, ofrecen bastante garantía al menor, y, en caso de exigirse aprobacion, habria tal vez mas consecuencia en exigirla del mismo consejo que en casi todo remplaza hoy al juez: pero está de por medio la autoridad del artículo 466 Frances, y la consideracion de que los otros coherederos tendrán por mas imparcial al juez que al consejo: últimamente, se halla así dispuesto en la ley recopilada 10, título 21, libro 10, y en su nota 10: no se ha dado entrada á la segunda parte del citado artículo 466, ni al 823, y los que le son consiguientes: tanta intervencion oficiosa de los jueces en esta materia chocaria con el concepto que hoy tienen de estar ceñidos á lo rigorosamente contencioso; se estará, pues, al comun acuerdo de los coherederos ó al de la mayoria, salvo el recurso del artículo 903.

Provisional. Podrán, pues, tanto el mayor como el menor pedir despues que se proceda á una particion *definitiva*, á menos que uno y otro hayan manifestado abiertamente su intencion de que la particion así hecha fuese desde luego definitiva.

En este caso la falta de los requisitos prescritos en el artículo, y que solo tienen por objeto el interes del menor, solo inducirá nulidad de la particion respecto de este, y él solo podrá alegarla y pedir que se proceda á la particion definitiva, no el mayor de edad: segun lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1186.

Cuando la herencia, etc. El objeto de este párrafo es evitar los gastos consiguientes á la aprobacion judicial, y que se harian sensibles siendo tan corta la herencia.

ARTICULO 907.

Los gastos de particion hechos por el interes comun de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos por ocasion, ó en el interes particular de uno de ellos, serán á cargo del mismo.

El que ocasiona los gastos debe sufrirlos: los de inventario son de interes comun; deberán, pues, deducirse de la herencia: los que proceden únicamente de la circunstancia de ser uno de los coherederos menor ó estar ausente, por ejemplo, los de la aprobacion judicial, serán á cuenta y cargo de los mismos.

ARTICULO 908.

En la particion de herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, especie y calidad.

Esto es de equidad y de justicia conforme á todos los Códigos: artículo 832 Frances, 1123 Holandes, 1287 de la Luisiana, 1055 Sardo, y 751 Napolitano; así se ha observado constantemente en la práctica: es lo mismo que queda ya prescrito en el artículo 888.

ARTICULO 909.

Cuando por ser una cosa indivisible, ó porque desmerecerá mucho en la division, no pueda guardarse la igualdad en los lotes ó adjudicacion segun el artículo anterior, podrá adjudicarse á uno con la calidad de abonar á los otros el esceso en dinero.

Pero bastará que uno solo de los coherederos pida su venta en pública subasta, y con admision de licitadores estraños, para que asi se haga.

El 827 Frances ordena simplemente en el caso de este artículo que se recurra á venta en subasta judicial, si los coherederos, siendo mayores, no acuerdan otra cosa; lo mismo el 1049 Sardo, 766 Napolitano, 1264 de la Luisiana y 757 de Vaud.

El artículo está conforme con el Derecho Romano. *Cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest vel ex pluribus singuli, æstimatione justa facta, unicuique sociorum adjudicantur; compensatione pretii invicem facta;* ley 5, título 37, libro 3 del Código. *Si divisio tam difficilis est ut pene impossibilis esse videatur: potest judex in unius personam totam condemnationem conferre, et adjudicare omnes res*, ley 55, título 2, libro 10 del Digesto. *Eoque cui res majoris pretii obvenit cæteris condemnato, ad licitationem non numquam etiam extraneo emptore admisso, maxime si re non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur;* la citada ley 5, título 37, libro 3 del Código.

Lo mismo se halla establecido en la ley 10, título 15, Partida 6, salvo que no dispone que se proceda á la venta, sino que deja al solo arbitrio del juez la adjudicacion de la finca por entero á uno de los coherederos y que dé por su parte á cada uno de los otros lo que el juez «asmare que podrian valer las sus partes que avian en aquella cosa, si partida fuese.»

En una palabra, el juez puede mandar hacer la particion «en la manera que él entendiere que será mas guisada, é mas á pro dellos:» *Judicem in prædiis dividendis, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores sequi convenit*, ley 21, título 3, libro 10 del Digesto.

Cada coheredero tiene derecho á su parte de herencia en los mismos bienes que la componen: en el caso del artículo se supone que esto no es posible, y, para guardar la igualdad entre todos, no queda otro medio que el abono del esceso en dinero por el adjudicatario ó recurrir á la licitacion.

Pero bastará: de otro modo un coheredero que tuviera en la herencia mayor parte que todos los demas juntos, podria darles la ley con notorio agravio y perjuicio de ellos. La licitacion no lastima el derecho de ninguno, y tiende al beneficio de todos.

Licitadores estraños: sin esto seria muy triste la condicion del coheredero pobre: vé el artículo 1456.

ARTICULO 910.

Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la particion las rentas y frutos que haya cada uno percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia ó negligencia.

Esto es lo que en Derecho Romano llamaban *prestaciones personales*, y por lo que el juicio de peticion de herencia se decia ser como de naturaleza mista.

Earum rerum quas ex coheredibus quidam de communibus absumpserunt, vel deteriores fecerunt rationem (esse) habendam, ejusque rei cæteris præstandam indemnitatem, ley 19, título 36, libro 3 del Código. *Non tantum dolum; sed et culpam in re hereditaria præstare debet coheres; quoniam cum coherede non contrahimus sed incidimus in eum*, ley 25, párrafo 16, título 2, libro 10 del Digesto.

La ley 6, título 15, Partida 6, ha copiado en este punto á las Romanas.

Se habla tambien de esto mismo y con igual conformidad en los artículos 861 y 862 Franceses copiados en los otros Códigos.

Sobre los frutos y rentas vé el artículo 890.

ARTICULO 911.

Los títulos de adquisicion ó pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca ó fincas á que se refieran.

Conforme con el primer párrafo del 842 Frances, 1126 Holandes, 1306 de la Luisiana, 1063 Sardo, 768 de Vaud y 761 Napolitano.

Las leyes 4, párrafo 2, y 5, título 2, libro 10, así como la 7, título 15, Partida 6, no hablan de este caso, sin duda por no haber ocurrido duda acerca de él, porque la simple razon dicta que los títulos de pertenencia de una finca deben obrar precisamente en poder del coheredero á quien se adjudica.

ARTICULO 912.

Cuando en un mismo título estén comprendidas fincas adjudicadas á diversos coherederos, ó una sola, pero dividida entre dos ó mas, el título hereditario quedará en poder del mayor interesado en la finca ó fincas, y se facilitarán á los otros copias fehacientes á costa del caudal hereditario.

Si el título fuere original deberá tambien aquel en cuyo poder quede exhibirlo á los interesados cuando lo pidieren.

Conforme con el párrafo 2 del artículo 842 Frances y demas estranjeros citados en el anterior; pero el nuestro es mas previsor y espresivo, en cuanto manda que se faciliten desde luego á los otros coherederos copias fehacientes á costa del caudal hereditario, y el Frances solo dispone que el poseedor de los títulos ayude á los otros interesados cuando sea requerido.

Las leyes 4, párrafo 3, y 5, título 2, libro 10 del Digesto, copiadas en la 7, titulo 15, Partida 6, han servido de original al citado párrafo del artículo Frances; pero aquellas previeron el caso de haber instrumentos pertenecientes á toda la herencia en comun, y dispusieron tambien que quedasen en el que fuese heredero de la mayor parte, con obligacion de exhibirlos á los otros en caso de necesidad; si todos eran herederos por partes iguales y no se aviniesen, debian echar suertes ó elegir un depositario amigo, ó depositarlos en un templo: el artículo Frances dispone que los títulos comunes á toda la herencia se entreguen al que los otros herederos elijan por depositario; y, habiendo dificultades sobre la eleccion, lo arreglará el juez.

En suma, sobre esta especie de títulos habrá de estarse á lo que acuerden los coherederos, y á falta de acuerdo, ó no queriendo ninguno de ellos encargarse de su custodia, no queda otro medio sino el de mandarlos depositar en una escribanía á espensas comunes de todos los coherederos.

ARTICULO 913.

Los acreedores hereditarios reconocidos como tales pueden oponer-

se á que se lleve á efecto la particion de la herencia hasta que se les pague ó afiance; los acreedores de uno ó mas de los coherederos pueden intervenir á su costa en la particion para evitar que se haga en fraude ó perjuicio de sus derechos.

El primer párrafo del artículo era mas necesario cuando los herederos no podian ser demandados sino por su porcion hereditaria, y de consiguiente los acreedores tenian que sostener un juicio separado con cada uno de ellos; pero puede ser todavía útil á los acreedores, aun despues de la grande innovacion que se hace en el artículo 932, porque pierden siempre algo en la subdivision del patrimonio, y ningun agravio ni molestia se irroga por esto á los herederos.

El segundo párrafo del artículo está tomado del 882 Frances; el 802 Napolitano añade, salvo el derecho de pedir la restriccion correspondiente á todo acreedor en los términos de los artículos 1119 y 1120.

Pero vale mas prevenir fraudes que remediarlos despues de hechos, y no puede negarse á los acreedores el derecho de vigilar que su deudor no haga nada en fraude ó perjuicio de sus créditos, haciéndolo á costa suya y no de los bienes hereditarios.

ARTICULO 914.

El juez del último domicilio del difunto es el competente para conocer de la particion de la herencia y de todos sus incidentes.

El 822 Frances dice: «el tribunal del lugar en que se abre la sucesion;» pero segun el 110, tambien Frances, el lugar para la apertura de la sucesion ó herencia se determina por el domicilio del difunto.

Asi no se abre la sucesion ó herencia, ni se instruirá este juicio universal en el lugar donde muere uno estando de paso: en los artículos 174, 592, 844 y en otros relativos á herencias, se designa tambien como competente el alcalde ó juez del domicilio del difunto.

En el Derecho Romano no hay la misma uniformidad; unas veces se decide la competencia por el lugar donde está sita la mayor parte de los bienes; otras por la casa mortuoria y aun por el domicilio del demandado.

En los títulos 14 y 15, Partida 6, se hace frecuente mencion del juez ó juzgador, pero sin espresar cuál haya de ser, ó quién sea el competente: «el juez ante quien pidieren la particion los herederos,» dice la ley 10, título 15: Lopez, en su glosa 2, á la ley 2, título 14, presupone que el juez ha de ser competente, pero no nos saca de la duda.

ARTICULO 915.

La accion para pedir la particion de la herencia espira á los treinta años contra el coheredero que ha poseído el todo ó parte de ella en nombre propio y como señor universal y particular.

Si todos los coherederos poseyesen en comun la herencia, ó alguno de ellos en nombre y como cosa de todos, no tiene lugar la prescripcion.

Es en su fondo el 816 Frances, que no señala el término ó tiempo de la prescripcion, pero sienta que puede haberla: 1039 Sardo, 755 Napolitano, 1113 Holandes.

El 1227 y siguientes de la Luisiana dicen: «La accion para pedir la particion es imprescriptible mientras que hay indivision; pero los herederos que han gozado separadamente de los bienes hereditarios durante treinta años, pueden repeler la demanda de particion.»

El 720 de Vaud dice simplemente: «Toda demanda en reclamacion de una herencia se prescribe por treinta años.

Concuerda el artículo con las leyes 2, título 39, y 1, párrafo 1, título 40, libro 7 del Código.

Lo mismo estaba dispuesto en las leyes Recopiladas 2, y 5, título 8, libro 11.

Nuestro artículo es mas claro y espresivo que el Frances y demas estranjeros; «en nombre propio y como señor universal ó particular;» *si unus coheredum res hereditarias totis triginta annis solus suo nomine propio tanquam suas possiderit*, dicen los intérpretes.

Si todos, etc. El que posee en nombre de otro, para ó por si y para otros, no es poseedor para el efecto de prescribir en nombre propio, y esto sucede en todos los coherederos y comuneros.

El derecho para apartarse de la indivision ó comunion es, como generalmente se dice, *meræ facultatis*; y sin la segunda parte del artículo resultaria que la comunion seria perpétua contra su naturaleza.

Si el heredero poseyó en nombre propio ó en el de todos, será pura cuestion de hecho, que habrá de decidirse por otros hechos, como si fué solo en percibir los frutos, pagar las cargas, etc.: vé los artículos 1059, 1939 y 1948.

ARTICULO 916.

Si alguno otro que no fuere de los coherederos hubiere comprado el derecho hereditario á uno ó mas de ellos antes de la particion, pueden todos y cualquiera de los coherederos subrogarse en su lugar, reembolsándole el precio de la compra.

Es el 841 Frances, 1064 Sardo, 760 Napolitano: el 767 de Vaud corta de raiz esta cuestion: «Toda venta ó cesion hecha por un *succesible* de su parte á una herencia no partida no puede tener lugar sino en favor de uno de los coherederos.»

En Derecho Romano existen las tres célebres leyes 22, 23 y 24 de los Emperadores Anastasio y Justiniano, título 35, libro 4 del Código, que en el discurso 59 frances se invocan para fundar el mencionado artículo 841; pero, sin disputar en manera alguna la conveniencia del artículo, dudo mucho que aquellas leyes en su tenor literal abracen el presente artículo, pues solo hablan de las ventas ó secciones de *créditos ó débitos*; en una palabra, de lo que en Derecho Romano y en el lenguaje de los autores se llama *nomen*; véase lo espuesto en el artículo 1466.

Pero es forzoso reconocer que en ambos casos hay bastante analogía, y es por lo tanto muy razonable la estension ó aplicacion de aquellas leyes humanísimas al caso presente; mucho mas si se considera que aqui hay una verdadera comunion entre los coherederos, y que á los comuneros se concede el derecho de tanteo ó retracto en el artículo 1451.

Nuestro Derecho Patrio no tiene disposicion especial sobre el caso de este artículo.

Si uno de los coherederos se ha subrogado ya en el lugar del comprador, no podian los otros reclamar parte en el derecho hereditario tanteado, aunque ofrezcan su parte proporcional del precio al coheredero que retrajo; porque el objeto de la ley está ya cumplido y consumado desde que se alejó al comprador estraño; y asi se ha practicado entre nosotros en el tanteo de sangre ó abolengo, y deberá practicarse en el de comuneros.

SECCION III.

DE LOS EFECTOS DE LA PARTICION.

ARTICULO 917.

Hecha la particion, quedan obligados los coherederos entre sí á la eviccion y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas ó les cupieren en suerte.

Conforme con el 884 Frances que habla de eviccion por causa anterior á la particion, y esceptúa el caso de haberse pactado espresamente lo contrario en el acto de la particion y cuando al heredero se le saca la cosa por su falta; escepciones á mi parecer inútiles, á pesar de que

las adoptamos en el artículo 919: siguen al Frances el 1129 Holandes, 804 Napolitano, 1106 Sardo, 796 de Vaud: el 1421 y 1422 de la Luisiana prohiben estipular por una cláusula general que no haya lugar á ninguna garantía entre los coherederos por cualquier especie de turbacion que sea.

Divisionem prædiorum, vicem emptionis obtinere placuit, ley 1, título 38, libro 3 del Código. *Si familiæ erciscundæ judicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum æquo jure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, unusquisque eventum rei suscipiat recté possesionis evictæ detrimentum fratrem et cohæredem tuum pro parte agnoscere, præses provinciæ per actionem præscriptis verbis compellet.* Ley 14, título 36 del mismo libro.

La 25, párrafo 21, título 2, libro 10 del Digesto, dispone que el juez mande que los coherederos se afiancen mútuamente de eviccion.

La 9, título 15, Partida 6, copió á las Romanas; pero en la práctica no fué admitida la obligacion de afianzar.

ARTICULO 918.

La obligacion señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la particion, á no ser que aparezca ó racionalmente se presuma haber querido lo contrario.

Conforme con la ley 77, párrafo 8, libro 31 del Digesto, y con la 9, título 15, Partida 6, que es absoluta, pues no admite la esecepcion de nuestro artículo.

Este punto fué muy disputado entre los intérpretes de Derecho Romano: nuestro Gomez es tan absoluto como la ley de Partida, tomo 2, *variar. resolut.*, capítulo 2, número 34: Gregorio Lopez, al fin de la glosa 2, pone la limitacion *nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod æqualitas esset inter heredes servanda*: Voet, título 2, libro 10, número 1, defiende lo mismo con gran copia de razones y distincion de casos.

Se ha adoptado esta modificacion por ser razonable y conforme á los principios generales de derecho, aunque puede dar ocasion á algun pleito, como lo dan todas las cuestiones de *voluntad*.

Pero séase lo que se quiera de la presunta voluntad del difunto, los herederos forzosos perjudicados en su legítima por la particion que hizo él mismo, tendrán siempre derecho á pedir el suplemento de aquella: vé los artículos 645 y 899.

ARTICULO 919.

Cesa tambien la obligacion del artículo 917 cuando de buena fé se pactó lo contrario, y cuando la eviccion proceda de causa posterior á aquella, ó por culpa del heredero que la sufre.

Véase lo espuesto en el 917.

ARTICULO 920.

La obligacion recíproca de los coherederos al saneamiento es proporcionada á su respectivo haber hereditario; pero, si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demas coherederos en la misma proporcion, deduciéndose la parte que corresponda al que ha de ser indemnizado.

Conforme con el 885 Frances, 1150 Holandes, 1426 de la Luisiana, 797 de Vaud, 1107 Sardo y 805 Napolitano.

Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur, ley 2, título 52, libro 8 del Código.

La disposicion del artículo 932 á favor de los acreedores del difunto no puede comprender á los coherederos entre sí respecto de la eviccion, porque no reclaman esta bajo aquel concepto, sino en el de coherederos; y ademas, la tal disposicion podia serles muy gravosa en el caso de ser ellos los demandados: el coheredero no puede quedar obligado al coheredero sino en la misma proporcion en que heredó; y debe deducirse la parte, tambien proporcional, que corresponde al que ha de ser indemnizado; porque de otro modo resultaria que este nada perdia por la incertidumbre de la cosa, y salia mejorado respecto de los otros.

A su respectivo haber hereditario. Muere Antonio habiendo instituido heredero de la mitad de sus bienes á Bernardo, y en la otra mitad á Casimiro, Donato y Eusebio.

La herencia importa diez y ocho mil duros: Bernardo habrá nueve mil; cada uno de los otros habrá tres mil.

A Casimiro se le cubrió su haber hereditario de tres mil en una finca de igual valor, y salió incierta, con lo que la herencia queda reducida á quince mil duros.

Habiendo sido el haber hereditario de Bernardo de nueve mil duros, é igual al de los otros tres juntos, contribuirá con 30,000 reales (mitad de los 60,000 de la incertidumbre) para indemnizar á Casimiro: Donato y Eusebio contribuirán con 10,000 rs. cada uno, ó la sesta parte de su respectivo haber, y Casimiro sufrirá por el suyo la pérdida de otros 10,000.

De este modo Bernardo conservará siete mil quinientos duros, mitad de los quince mil á que quedó reducida la herencia; y cada uno de los otros tres coherederos tendrá dos mil doscientos duros, que hacen siete mil quinientos entre los tres.

Cada uno ha contribuido en proporcion á su haber hereditario: el de Bernardo era de nueve mil duros, triplo del de cada uno de los otros, y por esò ha contribuido con el triplo.

Pero Donato resulta insolvente en sus 10,000 rs.: los demas coherederos, Bernardo, Casimiro y Eusebio, responden de la parte de Donato en la misma proporcion, es decir, segun su respectivo haber hereditario.

El de Bernardo es de siete mil quinientos duros, ó el triplo del de cada uno de los otros dos, que es de dos mil quinientos: contribuirá, pues, Bernardo con 6,000 rs., y Casimiro y Eusebio con 2,000 cada uno, quedando asi cubierta la insolvencia de Donato en sus 10,000.

El artículo 885 Frances ha dado lugar á dudas por decirse en él que la obligacion es de indemnizar á su coheredero *de la perdida que le ha causado la eviccion:* nuestro artículo no las admite, pues habla en general del saneamiento establecido en el 917: regirán, pues, tambien aqui las disposiciones generales sobre el saneamiento de la seccion 3, capítulo 4, título 7 de este libro.

Téngase presente que el beneficio del artículo 1787, número 2, no alcanza al caso de este artículo.

ARTICULO 921.

Los coherederos no responden de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y si solo de que este se hallaba solvente al tiempo de la particion.

Es la segunda parte del 886 Frances, que no es general como el nuestro, sino limitado al caso de haberse adjudicado á uno de los coherederos una renta que se debia á la herencia y pasados cinco años desde que se consumó la particion.

Mas no aparece razon para hacer diferencia entre una deuda suelta y la de una renta; antes bien en el caso de ser suelta la deuda, como que el coheredero puede exigir desde luego el capital, lo que no sucede cuando la deuda es de una renta, resulta mas culpable ó negligente en no haberla exigido, y de consiguiente á él solo debe perjudicar la insolvencia posterior del deudor.

Siguen al artículo Frances el 1131 Holandes, el 1108 Sardo, y 806 Napolitano; el 798 de Vaud dice: «Los herederos están obligados recíprocamente á la garantia de solvencia de los deudores de la heren-

cia. Esta garantia no puede ejercerse sino en los tres años siguientes á la particion:» los 1427 y 1428 de la Luisiana son absolutos: comprenden en la obligacion á la eviccion y saneamiento todos los bienes hereditarios, muebles, inmuebles, deudas y otros derechos, y tambien la solvencia de los deudores.

Por Derecho Romano el vendedor de una accion ó crédito no era responsable de la solvencia del deudor, ni aun al tiempo de la venta; respondia únicamente de la certeza del crédito, á menos de intervenir dolo ó pacto especial, ley 4, título 4, libro 18 del Digesto, y nosotros lo habemos seguido en los artículos 1156 y 1460; pero, aunque hay alguna analogia entre la venta y la particion, subsisten diferencias muy marcadas, como se observa en el punto de lesion, porque entre los coherederos que parten por necesidad, que no especulan y tan solo reciben lo suyo, debe guardarse toda la posible igualdad; no asi en las ventas, objeto de comercio y especulacion.

SECCION IV.

DE LA RESCISION DE LA PARTICION.

ARTICULO 922.

Lo establecido en los artículos 990, 991, 992 y 993, *tiene tambien lugar en las particiones de herencia.*

El artículo 887 Frances dice en su primera parte «que las particiones pueden ser rescindidas por causa de violencia ó dolo:» segun los artículos á que se refiere el nuestro y el 998 serán nulas, con lo que se evita la sutilísima cuestion sobre nulidad y rescision de que trato al frente de la Seccion X, capítulo 5, título 5, de este libro: la violencia y el dolo son mas feos y odiosos en un acto de familia.

Siguen al artículo Frances el 1158 Holandes, 1109 Sardo, 1455 y los dos siguientes de la Luisiana, y 807 Napolitano.

Majoribus etiam, per fraudem, vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus solet subveniri, ley 3, título 38, libro 3 del Código.

Yo creo que en rigor podria haberse escusado en todos los Códigos hablar de dolo y violencia en esta materia, porque bastaba lo dispuesto en materia de obligaciones y contratos; y por esto en nuestro artículo no se hace sino una simple referencia.

ARTICULO 923.

La particion hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesion, salvas las escepciones de los artículos 899 y 918.

Vé lo espuesto en los dos artículos de la referencia; es decir, que solo podrá ser impugnada cuando por ello se cause perjuicio en la legítima ó aparezca ó se presuma racionalmente que el testador quiso lo contrario, ó, lo que es lo mismo, que se conservara la igualdad entre los coherederos, y ninguno de ellos sufrirá la menor lesion en lo que respectivamente les adjudicaba.

ARTICULO 924.

Todas las demas particiones pueden ser rescindidas por causa de lesion en mas de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

El artículo 887 Frances admite la rescision por la lesion de mas de una cuarta parte y le siguen los otros estranjeros citados en el articulo 922: adviértase que el artículo 1674 Frances para la rescision de la venta por causa de lesion exije que esta sea de mas de siete dozavas partes del precio de los inmuebles, y únicamente admite la rescision en estos.

Las razones de diferencia acerca de este punto entre la particion y la venta están muy bien esplicadas en los discursos motivados 53 y 54 del Código Frances; reproduciré una sola.

«Hay libertad para no vender, no la hay para permanecer en la indivision. La base de la venta es la ventaja que cada uno de los contrayentes busca en ella á espensas del otro; la de la particion es por el contrario la igualdad. Asi la particion es rescindible por naturaleza; porque cesa de ser particion si no es igual, ya que no matemáticamente, por lo menos hasta una cierta proporcion.»

Por estas mismas razones, á pesar de lo dispuesto en nuestro artículo 1164, se admite en este la rescision que, hablando con rigorosa propiedad, no es una escepcion.

Este punto no era claro en Derecho Romano. Voet, número 35, título 2, libro 10, opina que, no mediando dolo, la lesion debia ser enorme, ó en mas de la mitad del justo precio, para dar entrada á la rescision, como en las ventas, cuyo concepto, ó el de permutas quiere dar á las particiones segun las leyes 20, párrafo 3, título 2, libro 10, y la 77, párrafo 18, libro 31 del Digesto; pero esto, con la venia de Voet, me parece tan impropio como duro por las razones que

dejo copiadas; á pesar de que el artículo 1420 de la Luisiana dice tambien: «La particion es como una permuta que hacen entre sí los coherederos, el uno dando su derecho en las cosas que deja por el derecho que tiene el otro en la cosa que aquel toma.»

Se ha adoptado lo de la lesion en mas de la cuarta parte por no haber razones para separarnos de la autoridad de los otros Códigos, á pesar de que en la práctica se habia adoptado la de la sesta para la restitucion de los menores; aunque nuestras leyes hablan vagamente *de gran pro ó gran daño del mozo.*

Nuestro derecho calló sobre rescision por causa de lesion en las particiones; la Recopilada 2, título 1, libro 10, no es aplicable á este caso, pues solo habla de ventas, rentas, cambios y *otros contratos semejables.*

Cuando fueron adjudicadas: porque entonces fué cuando causó la lesion; y esto mismo se ha observado hasta ahora en las ventas: conforme con el artículo 890 Frances y con todos los Códigos.

ARTICULO 925.

La accion rescisoria, por causa de lesion, no durará sino cuatro años desde que fué hecha la particion.

Conforme con la ley recopilada 2, título 1, libro 10, en cuanto á la rescision de la venta, y con nuestros artículos 1166 y 1184.

Segun el artículo 1304 Frances, el tiempo para pedir la rescision en este caso dura diez años; lo mismo el 1451 de la Luisiana: el 1162 Holandes lo limita á tres años; el 805 de Vaud solo concede tres meses para pedirlo á causa de violencia ó dolo, y el mismo término para pedir suplemento de particion por haberse omitido en ella algun objeto de la herencia.

Por Derecho Romano, segun la opinion comun, duraba esta accion los mismos treinta años que se daban para pedir la rescision de la venta por lesion enorme.

ARTICULO 926.

El coheredero demandado puede escoger entre indemnizar el daño ó consentir que se proceda á nueva particion.

La indemnizacion puede hacerse en numerario, ó en las mismas cosas de que resulta el daño.

Conforme con el 891 Frances, 1160 Holandes, 1115 Sardo, 1466 de la Luisiana y 811 Napolitano.

Esta misma alternativa se concedia por Derecho Romano y Patrio al demandado para la rescision de la venta por causa de la lesion

enorme segun las leyes 2, título 44, libro 4 del Código, y 56, título 5, Partida 5.

Conviene consultar á la estabilidad de los contratos y de otros actos tan importantes como la particion, mientras lo permita la equidad; y esta se encuentra en la alternativa del artículo: el objeto de la rescision es la indemnizacion del daño sufrido por el que la pide, y esto se consigue por cualquiera de los dos medios que escoja el demandado: vé el artículo 1171.

Por esto mismo se echa de ver que no corresponde la alternativa, cuando se pide la rescision por causa de dolo ó violencia.

ARTICULO 927.

Si se procede á nueva particion, no alcanzará esta á los que no han sido perjudicados, ni percibido mas de lo justo.

Lo justo y útil no se vicia ni rescinde por lo inútil é injusto; y la particion fué justa respecto de los que no percibieron en ella mas de lo justo.

ARTICULO 928.

Cesa la accion rescisoria por lesion, cuando despues de la particion se transigió sobre dificultades suscitadas acerca de ella.

Conforme con la segunda parte del artículo 888 Frances, 1163 Holandes, 1440 de la Luisiana, 1110 Sardo y 808 Napolitano.

Este artículo es una consecuencia del 1726.

Despues de la particion. Es necesario que la transaccion sea posterior á la particion, porque de otro modo no seria ella misma mas que el primer acto destinado á hacer cesar la indecision, y por consiguiente quedaria sujeta á rescision por causa de lesion. Todo primer acto entre los coherederos, désele el nombre que se quiera, y aunque se le califique de transaccion, es considerado como particion, y no puede escapar á la disposicion del artículo 924.

ARTICULO 929.

La omision de alguno ó algunos objetos en la particion no da derecho para que se rescinda la ya hecha, sino para que se continúe en los objetos omititlos.

Es el final del artículo 887 Frances, 1158 Holandes, 805 de Vaud, 1109 Sardo y 807 Napolitano.

La omision. Supónese que no ha mediado en ella dolo ó fraude, porque, si medió, la particion quedaria por esto solo sujeta á rescision,

segun lo dispuesto por referencia en el artículo 922: la estabilidad de los actos de buena fé merecen siempre grande consideracion, y se conserva á todos los coherederos su derecho respectivo sin las dilaciones y gastos de una nueva y absoluta particion.

ARTICULO 930.

La particion hecha con un heredero falso es nula, y se regirá por lo dispuesto en la Seccion tercera, capítulo 2, y en el 6, título 5 de este libro.

Es decir, que la particion será nula segun el artículo 989, porque la consideracion de la persona del supuesto heredero fué la causa principal de la particion, y la nulidad se habrá de reclamar dentro de cuatro años desde que se tuvo conocimiento del error ó falsedad, segun lo dispuesto en los artículos 1184 y 1185; si en la particion intervino autoridad y sentencia judicial, habrá de estarse á lo que sobre este y otros casos parecidos de error y falsedad se disponga en el Código *de procedimientos* civiles.

ARTICULO 931.

Las deudas reconocidas y exigibles se han de pagar antes de llevarse á efecto la particion de la herencia, segun el artículo 915, sin perjuicio de los derechos concedidos á los acreedores de la Seccion sesta del capítulo anterior.

Vé lo espuesto en el 915.

De los derechos, etc.: es decir, de los que tienen para pedir la formacion de inventario y separacion de los bienes del difunto y del heredero, segun los artículos 871 y siguientes.

ARTICULO 932.

Hecha la particion, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los coherederos que no hubieren admitido la herencia á beneficio de inventario, y hasta donde alcance su porcion hereditaria, en el caso de haberla admitido con aquel beneficio; pero en uno y otro caso el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á los otros, á no ser que por disposicion del testador ó á consecuencia de la particion, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

Este artículo descansa en la base de que la particion de la herencia se ha de hacer en instrumento público, segun el número 2 del artículo

1005, y por consiguiente ha de saberse la porcion de cada uno de los coherederos.

El artículo encierra una grande innovacion contraria al Derecho Romano, en el que los créditos y deudas de la herencia *ipso jure divisa erant*, ley 2, párrafo último, título 2, libro 10 del Digesto, y 6, título 36, libro 3 del Código; por manera, que cada uno de los coherederos no podia demandar sino por su porcion hereditaria.

Esta doctrina pasó á nuestro Derecho Patrio y ha sido adoptada en los Códigos modernos, salvo el de Vaud, cuyo artículo 787 dice: «Los coherederos están obligados solidariamente á las deudas y cargas de la herencia.»

El Código Frances la tiene adoptada en sus artículos 870 y 873, sin que para ello se dé razon convincente en ninguno de los discursos 52, 53 y 54; únicamente en el 53 se dice; «es de justicia que cada coheredero no contribuya al pago de las deudas y cargos de la herencia, sino en la proporcion de lo que toma en ella:» esto es resolver la cuestion por la cuestion misma.

Pothier, tratado de las Obligaciones, parte 2, capítulo 4, artículo 2, párrafo 2, número 309, trata esta cuestion y defiende al Derecho Romano; pero en mi concepto no satisface al argumento de que *el acreedor* no debe sufrir por la multiplicidad de herederos: el mismo Derecho Romano reconoce como regla general *ex persona hæredum conditio obligationis non immutatur*, *nec ex individua efficitur dividua*, ley 2, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto.

El acreedor contrajo con solo el difunto; ¿por qué, pues, se le han de imponer las molestias y gastos consiguientes á tener que demandar uno tras otro á todos los coherederos, que tal vez sean de distintos fueros, y estén domiciliados en paises muy lejanos?

Y, si uno de ellos resultare insolvente, tendrá que repetir la misma série de demandas con la engorrosa subdivision de la parte del insolvente entre los demas y en la misma proporcion hereditaria.

¿No es mas sencillo y justo que estas molestias y gastos recaigan en los mismos coherederos beneficiados por la herencia, que intervinieron en su particion, y quedaron obligados á garantirse recíprocamente? Al coheredero no se causa agravio mientras no se le exija mas de lo que percibió del difunto.

Ofrecia tambien el sistema Romano la posibilidad de una grande injusticia, á mas del inconveniente mencionado de gastos y molestias.

Dividiéndose *ipso jure* los créditos y deudas entre los coherederos, cada uno era deudor y acreedor segun su porcion hereditaria, y por consecuencia la parte del insolvente no gravaba á los demas, segun se dispone de los legados en la ley 33, libro 31 del Digesto.

Podia, pues, ocurrir que por la insolvencia de un coheredero no cobrase el acreedor enteramente su crédito, aunque con toda evidencia quedasen bienes hereditarios en poder del otro; y podia tambien seguirse que un heredero puro y simple no respondiese enteramente de las deudas y cargas de la herencia.

De que la particion haya de hacerse en escritura pública y que esto suponga inventario, no se sigue que la herencia haya sido aceptada con este beneficio, porque puede no haberse hecho el inventario en el término y con las solemnidades de la ley y aun, concurriendo estos requisitos, puede el heredero haber aceptado la herencia pura y simplemente segun el artículo 834.

Estos son los fundamentos de la innovacion que se hace en el artículo, que segun Voet, número 27, título 2, libro 10, regia ya desde muchos siglos en el pais que menciona; *ne in plures debitores distringeretur creditor qui cum uno contraxerat; salva heredi in solidum comdemnato actione contra coheredes ad indemnitatem prorata.*

Si los herederos no admitieron á beneficio de inventario, cúlpense á sí mismos, como tiene que culparse el heredero cuando es uno solo; si usaron de aquel beneficio se les conserva la ventaja del artículo 856.

El derecho que en todo caso se da al demandado para hacer citar y emplazar á los otros, prueba ademas que la innovacion se ha hecho guardando todos los miramientos mas delicados de equidad, porque ó de este modo se evitará el juicio allanándose todos á pagar, ó todos serán condenados en una misma sentencia.

La escepcion final del artículo no necesita motivarse.

ARTICULO 935.

El coheredero que hubiere pagado mas de lo que corresponda á la participacion que haya tenido en la herencia, podrá reclamar de los otros la parte proporcional que les corresponda.

Esto mismo se observará, cuando, por ser la deuda hipotecaria ó consistir en cuerpo determinado, lo hubiere pagado íntegramente el coheredero poseedor de la hipoteca ó cuerpo, pero no tendrá derecho sino á lo dispuesto en el párrafo anterior, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogádole en su lugar.

La segunda parte del artículo es el 875 Frances, que por la primera parte del nuestro se aplica á toda deuda simple y personal por consecuencia de la innovacion hecha en el anterior: siguen al Frances el 1149 Holandes, el 1354 de la Luisiana, 1097 Sardo, y 795 Napolitano.

La parte proporcional: segun se dispone para los cofiadores en el artículo 1758.

Esto mismo: porque la hipoteca y su accion son indivisibles segun el artículo 1798, y lo mismo sucede cuando la deuda es de cuerpo determinado. Así lo disponia especialmente para estos casos la ley 11, párrafo 23, libro 32 del Digesto.

Pero no tendrá derecho, etc. Esto mismo se dispone respecto de los cofiadores en el artículo citado para evitar círculos viciosos y dispendiosos, y á virtud de lo que se ordena en el número 6 del artículo 1117.

ARTICULO 934.

En el caso del artículo anterior la responsabilidad se estenderá hasta los bienes propios de los coherederos, cuando la herencia no fué recibida á beneficio de inventario.

Es consecuencia de lo dispuesto en el 952; el coheredero que ha pagado por entero, y reclama de los otros la parte proporcional, podrá ejercer su derecho aun sobre los bienes propios de los coherederos, faltando el beneficio de inventario.

ARTICULO 935.

Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con alguna renta ó carga perpétua puramente real, no se procederá á su estincion, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare.

No acordándolo así, ó siendo la carga irredimible, se rebajará su valor ó capital del de la finca, y esta pasará con la carga al que toque en lote ó por adjudicacion.

Conforme con el 872 Frances, salvo que segun él basta que uno de los coherederos exija la redencion; mas no parece conforme á razon ni á justicia que la voluntad de uno solo prevalezca sobre la de la mayoría: siguen al Frances el 1095 Sardo, y 795 Napolitano.

El 1148 Holandes añade: «Si las cargas no son debidas mas que por el inmueble, sin que haya obligacion personal, ninguno de los coherederos podrá exigir la redencion, y el inmueble será comprendido en la particion, deduciendo de su valor el capital de estas cargas:» se vé, pues, la conformidad del artículo Holandes con el nuestro.

ARTICULO 936.

Contra el acuerdo de la mayoría de los coherederos habrá el recurso que dispone el artículo 903, siempre que se intente antes de sacarse los lotes ó hacerse la adjudicacion.

Justo es conceder recurso al heredero que se crea agraviado; pero este recurso ha de llevar el sello ó tener por sí la presuncion de buena fé; y el que se intenta despues de sacarse los lotes ó hacerse la adjudicacion, es indudablemente prepóstero y malicioso: el coheredero que no recurrió antes de estos actos consintió en ellos, y aguardó hasta ver si era favorecido por la suerte.

Ni en este, ni en el anterior artículo, se espresa si la mayoria de los coherederos ha de regularse por personas ó por el haber que representa en la herencia; pero, haciéndose aquí mencion del 903 que por su parte se refiere al 1153, debe entenderse, por razones de analogia, que el 1153 rige igualmente en este artículo y en el anterior para calificar la mayoria de los herederos.

ARTICULO 937.

Los títulos ejecutivos contra el difunto lo son tambien contra sus herederos; pero no podrá hacerse uso de ellos hasta nueve dias despues de la defuncion.

Conforme con el 877 Frances, 797 Napolitano, 792 de Vaud, 1099 Sardo y 1588 de la Luisiana: el artículo Frances señala ocho dias; el nuestro nueve, guardando consecuencia con el 841.

El artículo Frances fué muy útil por los motivos que pueden verse en el discurso 54, á saber: porque, segun la *costumbre* de Paris, era antes necesario declararlos ejecutivos contra los herederos: entre nosotros nunca se ha dudado que lo fuesen; y en rigor no era necesario este artículo.

ARTICULO 938.

Lo dispuesto sobre la responsabilidad de los coherederos para con los acreedores, se entiende tambien para con los legatarios, y no varía en ambos casos, porque uno sea heredero de los bienes muebles, otro de los inmuebles ó de cierta parte de ellos, ni porque haya herederos testamentarios y legítimos á la vez.

El Código Frances y demas modernos callan sobre el tenor de este artículo, tal vez porque en el simple nombre de acreedores quisieron comprender á los legatarios.

Pero ha parecido preferible la mayor espresion del Derecho Romano, por el que se dispone que cada heredero esté obligado á la prestacion del legado segun su parte hereditaria, ley 124, libro 30 del Digesto; que la insolvencia de uno de ellos no grave á los demas, ley 33, libro 31 del Digesto; que si, por ser real la accion ó indivisible la cosa, es compelido al pago de todo el legado uno solo de los herederos, pue-

da repetir contra los demas para que le indemnicen en proporcion á su respectiva parte hereditaria, á menos que el testador haya dispuesto otra cosa, leyes 11, párrafo 23, libro 32, y 124, libro 30 del Digesto.

Seguimos, pues, al Derecho Romano en espresar que la responsabilidad de los coherederos para con los acreedores aproveche tambien á los legatarios; pero como en el artículo 932 habemos cambiado enteramente la responsabilidad para con los acreedores, no podiamos menos de cambiarla tambien para con los legatarios, y de igualar á estos con aquellos.

Y no varía en ambos casos, etc. Esta segunda parte del artículo tiene por objeto cortar las muchas cuestiones suscitadas por los intérpretes del Derecho Romano con pareceres encontrados: pueden verse en Voet, título 2, números 20 y siguientes, libro 29.

ARTICULO 939.

El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la seccion 4, capítulo 1 de este título.

Tomado del 1378 de la Luisiana que dice: «Si uno de los herederos es acreedor del difunto, no confundirá sino su parte en este crédito, y podrá reclamar de sus coherederos la parte con que cada uno de ellos debe contribuir para el pago de esta deuda.» El 790 de Vaud viene á decir lo mismo: «El coheredero conservará la facultad de reclamar el pago de su crédito personal, como cualquier otro acreedor, deduciendo su parte como heredero.»

Sin perjuicio, etc. Se añade esto á los artículos mencionados para mayor claridad, pues que el heredero á beneficio de inventario no debe deducir su parte segun el artículo 856.

¿Podrá el coheredero acreedor del difunto reclamar de cualquiera de los otros el pago total de lo que reste de su crédito deducida su parte proporcional?

Si se le considera como simple acreedor, parece que podria hacerlo segun el artículo 932; pero reune el doble concepto de heredero y acreedor, y por el primero son mayores sus vínculos y miramientos hácia el difunto y hácia sus coherederos.

Seria escandaloso que un coheredero, desnudándose de este concepto, hiciera valer el derecho de simple y rigoroso acreedor, exigiendo todo de uno solo de sus coherederos, y ejecutándolo aun en sus bienes personales; no puede decirse en su favor como de los otros acreedores *in heredes inciderunt*, porque el mismo es uno de los herederos.

Entiendo, pues, que en este caso deberá observarse el artículo 933, y que el coheredero acreedor solo podrá reclamar de los otros la parte proporcional que les corresponda, deducida antes la del mismo; si alguno de ellos resultase insolvente, la parte de este recaerá sobre todos, incluso el coheredero acreedor, en la misma proporcion.

TITULO IV.

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS.

El Código Frances trata en un mismo título (2, libro 3,) *de las donaciones entre vivos y de los testamentos*: lo mismo hacen el Napolino y Bávaro. El de Vaud y de la Luisiana encabezan sus títulos, «*De las donaciones entre vivos y por causa de muerte*:» el Sardo, *de las donaciones entre vivos*: los demas Códigos modernos dicen simplemente *de las donaciones*, como se lee en el título 5, libro 39 del Digesto: lo mismo se advierte en el título 4, Partida 5, que las coloca en los contratos de beneficencia, y en el 7, libro 10, Novísima Recopilacion.

No puede á la verdad negarse que entre donaciones y testamentos hay puntos importantes de contacto; ambos, por ejemplo, son títulos gratuitos, sujetos á reduccion en lo que tuvieren de inoficiosos; la capacidad para recibir y aceptar es la misma, etc. Pero son mas capitales las diferencias en su misma constitucion y efectos: se gana, pues, en órden y claridad tratándolos separadamente. Por su analogía con los testamentos se trata de ellas á continuacion de las herencias, aunque en realidad son verdaderos contratos.

Las donaciones *mortis causa* merecieron títulos especiales en el Código y Digesto: no debe por lo tanto estrañarse verlas sancionadas en la ley 11, título 4, Partida 5.

En Francia estaban suprimidas desde 1771, y el nuevo Código ha mantenido la supresion, siendo seguido en esto por casi todos los modernos: la única disposicion de última voluntad reconocida en ellos es *el testamento*.

La Comision se adhirió á este acuerdo casi unánime de los Códigos.

Las donaciones *mortis causa* eran una especie *monstruo* entre los contratos y últimas voluntades: la algarabía del Derecho Romano y Patrio sobre los puntos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, no podia producir sino dudas, confusion y pleitos, en los rarísimos casos que ocurriesen por la dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caractéres.

De aquí vino que, aunque adoptadas en las leyes, no lo fueron en

la práctica; y lo que no está en las costumbres, no debe estar en los Códigos.

Segun Rogron, al artículo 893 Frances, la mayor parte de los autores opinan, que el Código Frances las ha prescrito en la forma y no en el fondo: yo no encuentro utilidad alguna en esta distincion, porque no puede haber caso que no se resuelva por las reglas generales de los legados.

CAPITULO PRIMERO.

De la naturaleza de las donaciones entre vivos, y de sus diferentes especies.

ARTICULO 940.

Donacion entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el cual se trasfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas.

894 Frances, 810 Napolitano, 557 de Vaud, 1703 Holandes, que añade: «La ley no reconoce otra donacion que la de entre vivos;» 1454 de la Luisiana: todos estos Códigos comprenden en la definicion la necesidad de la aceptacion: el 1121 Sardo añade la calificacion de «acto de espontánea liberalidad,» mas lacónica y espresiva que la de los artículos mencionados.

«*Liberalitas in accipientem nullo jure cogente collata*,» ley 29, al principio, título 5, libro 39 del Digesto. «Bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de corazon, cuando es fecha sin ninguna premia;» proemio y ley 1, título 4, Partida 5.

Acto de espontánea liberalidad. Es un acto y contrato al mismo tiempo, segun el artículo 975: no hay obligacion sin el consentimiento de las dos partes, y aqui lo ha de haber segun el artículo 945: vé lo en él espuesto. El rasgo característico de la donacion es el ser gratuita, *nullo jure cogente*, sin ninguna premia «que se faga por gracia ó por bondad de aquel que lo da;» leyes citadas: de ellas habla la Recopilada 1, título 6, libro 10, cuando las llama *perfectas*.

Y aunque las palabras del artículo parecen escluir las donaciones *remuneratorias*, quedan sin embargo comprendidas en él, y sujetas á las disposiciones de este título, segun se dispone espresamente en el artículo 945, cortando asi cuestiones y pleitos.

La ley 1, título 5, libro 39 del Digesto, distingue las donaciones en *propias* é *impropias*.

Llama *propias*, *cum quis ea mente dat, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam fa-*

cit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: *impropias*, las que se hacen *sub modo, vel conditione*, y calla sobre las *remuneratorias*.

Algunos autores las han colocado entre las *impropias*: otros, á mi entender, con mas fundamento, entre las *propias*. De otro modo, apenas habria una donacion rigorosamente propia, pues lo comun es que los donadores se muevan por una causa anterior para ejercer una liberalidad absoluta é irrevocable; y la donacion sin causa anterior impulsiva, mas bien seria profusion y prodigalidad que liberalidad.

En el proemio del título 4, Partida 5, se halla sancionada esta doctrina: «por liberalidad de aquel que lo da, ó por merescimiento de aquel que lo rescibe;» y se halla tambien en el artículo 1122 Sardo.

Otros por el contrario, como el 1512 de la Luisiana, no califican de verdadera donacion á la remuneratoria, si los servicios, cuya recompensa tiene por objeto, son de un valor, apreciable en dinero, poco inferior al de la cosa donada; y el 1515 dice: «Las reglas, que son particulares á las donaciones entre vivos, no deberán aplicarse á las donaciones onerosas y remuneratorias, sino cuando el valor del objeto donado esceda en la mitad al de las cargas ó servicios.»

De esta diversidad de conceptos sacaron los autores diversas consecuencias; por ejemplo, que la donacion remuneratoria no podia revocarse por causa de ingratitud, ó tan solo en la parte que escediese el valor del beneficio ó servicio recompensado: que entran en la sociedad legal de gananciales, y se comunican á ambos cónyuges cuando se hacen á uno solo de ellos por servicios prestados durante el matrimonio, pero que solo se comunican en la parte proporcional y equivalente al valor del servicio, quedando el esceso á favor del donatario: omito otras diferencias y las contradicciones en que incurren los autores á quienes aludo.

Era preciso fijar este punto omitido, ó muy oscuro y dudoso, en Derecho Romano, y sobre el que guarda el Código Frances un absoluto silencio: el artículo 945 lo decide conforme al proemio del título 4, Partida 5, y al artículo 1122 Sardo arriba citados.

Las donaciones á título oneroso y remuneratorias se conciben y esplican fácilmente: las que se pretende calificar de *simples, puras, propias y perfectas*, sin otra causa, móvil ó antecedente que la sola liberalidad del donador, hallan mas fácilmente lugar en el papel ó en las leyes que en la práctica: semejante acto, según las palabras de un respetable jurisconsulto que dejo copiadas, «seria mas bien profusion y prodigalidad, que liberalidad.»

En las remuneratorias resplandece igualmente la liberalidad, puesto que se hacen *nullo jure cogente*: la gratitud no produce en derecho

ninguno de los efectos civiles at.ibuidos á otras obligaciones naturales.

Por otra parte, ¿quién es capaz de apreciar exactamente el valor del beneficio ó servicio recibido que se pretende remunerar? La salud y libertad son cosas inestimables: el valor de un servicio ó beneficio varía mucho, segun las circunstancias del que lo hace y del que lo recibe. Y sin embargo, seria precisa una regla segura de apreciacion para admitir las diferencias que, segun he observado, hacen los autores, y que ellos mismos no se atreven á admitir en ciertos casos.

Esto no es decir, que tanto las remuneratorias como las onerosas, no puedan anularse cuando aparezcan simuladas y hechas en fraude de una ley prohibitiva.

ARTICULO 941.

Las donaciones entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título.

Este artículo era antes un párrafo del primero, y no merecia estamparse ni como párrafo, ni como artículo, porque lo mismo sucede en todos los contratos, y sin embargo no se dice en cada uno de ellos.

En todo lo que no se halle: nota lo dispuesto en el artículo siguiente sobre las hechas á título oneroso.

ARTICULO 942.

Las donaciones hechas para despues de la muerte del donador que consistieren en una cosa especifica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo ó una parte alicuota de los bienes del donador, ó una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades.

El que dona el todo ó parte alicuota de los bienes que deje al morir, dispone de bienes futuros contra el tenor del artículo 953; y tanto en este caso como en el de donar cosa fungible para despues de la muerte, conserva la facultad de disponer y de hacer ilusoria la donacion, y *dar y retener no vale*: vé la escepcion de este artículo en el 1253 respecto de las donaciones y mejoras por causa de matrimonio.

ARTICULO 943.

Las donaciones á título oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase; y las remuneratorias por las disposiciones del presente título, siempre que en la causa de remuneracion concurran todas

las cualidades requeridas en el artículo 997 y siguientes del título 5 de este libro, cuyas disposiciones se aplicarán en este caso.

Vé lo espuesto en el artículo 940 sobre una y otra especie de donaciones: en cuanto á las onerosas no podia haber dudas: en cuanto á las remuneratorias, quedan cortadas las que hasta ahora habia: vé tambien el artículo 796.

Se regirán. Entiéndase en cuanto á sus efectos; porque en lo tocante á su forma, aun las que se hagan á título oneroso, habrán de regirse por el artículo 946.

ARTICULO 944.

Todas las personas ó corporaciones capaces de recibir por testamento, lo son en iguales términos y con las mismas limitaciones para recibir por donacion.

902 Frances, 1153 Sardo, 1456 de la Luisiana, 818 Napolitano, 561 de Vaud, 1713 Holandes.

La donacion es un título gratuito como el testamento, y debe gobernarse en esta parte por las mismas reglas: vé el 606 y siguientes; pero en el 620 no se exige la capacidad al tiempo de hacerse el testamento, porque la propiedad no se trasfiere allí hasta morir el testador; y por la razon contraria se requiere aquí al hacerse y aceptarse la donacion; artículo 906 Frances y 1154 Sardo.

ARTICULO 945.

La donacion queda irrevocable desde que el donatario la acepta, y se pone la aceptacion en conocimiento del donador.

894 y 932 Franceses (mas esplícitos), 1121 y 1127 Sardos, 814 Napolitano, 557 de Vaud, 1705 y 1720 Holandeses, 1454 de la Luisiana.

«*Non potest liberalitas nolenti adquiri*,» ley 19, párrafo 2, título 5, libro 19 del Digesto; ni al ignorante, ley 10 del mismo título; y la 55, título 7, libro 44, dice: «*Sive venditio, sive donatio, sive cuælibet alia causa contrahendi fuit nisi animus utriusque consentit: concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium.*»

En el proemio de la Partida 5 se coloca á la donacion entre *los pleitos é posturas á que llaman en latin* contractos: de consiguiente, las iguala con todos en cuanto á la necesidad del consentimiento recíproco ó aceptacion: sin esto, la donacion no es perfecta como no lo es ningun otro contrato.

Observo con gusto que Gregorio Lopez en la glosa 1 de la ley 4, Partida 5, despues de probar que por la ley 3, título 8, libro 3 del Ordenamiento (1 recopilada, título 1, libro 10), no se deroga la necesi-

dad de la aceptacion del donatario ausente para que quede obligado el donador, resuelve varias cuestiones sobre esta materia en el mismo sentido que las ha resuelto el Código Frances, y lo estaban ya por la ordenanza de 1731, obra del inmortal D'Aguesseau; la donacion, á ejemplo de los demas contratos, no es perfecta sin el consentimiento de ambos contrayentes: hasta que el donatario la haya aceptado puede revocarla el donador, y solo puede ser aceptada en vida de este, no despues de su muerte.

Lo único que para completar esta materia se añade en el artículo 932 Frances, trasladado al 947 nuestro, es que cuando la aceptacion no se hizo en la misma escritura de donacion haya de hacerse en otra separada y ponerse auténticamente en noticia del donador.

Como la donacion no puede ser perfecta hasta que el donador queda obligado irrevocablemente, la aceptacion del donatario en escritura separada no puede producir efectos sino desde el dia en que se hizo saber en forma auténtica al donador; precaucion que se ha creido necesaria para evitar que este fuese personalmente víctima de las negociaciones que ha podido hacer entretanto en la persuasion de que no estaba obligado: de consiguiente subsistirán las enagenaciones hechas ó gravámenes impuestos por el donador antes de habérsele hecho saber en forma auténtica la aceptacion: vé el artículo 947.

CAPITULO II.

De las formas de las donaciones.

ARTICULO 946.

Para ser válidas las donaciones han de estar hechas en escritura pública, espresándose en ella con individualidad los bienes donados, el valor de todos y cada uno de los muebles, y las cargas y deudas que se imponen al donatario.

La primera parte es el artículo 931 y el 948 Franceses con alguna variacion, 855 y 872 Napolitanos, 1719 Holandes, 1523 y 1525 de la Luisiana: el 1125 Sardo y siguientes, á mas de la escritura pública, exigen la homologacion ó insinuacion ante ciertos tribunales, segun la cantidad de las donaciones, dispensando de ella las hechas por causa de matrimonio: el 591 de Vaud solo exige escritura pública para la donacion de inmuebles: los artículos siguientes la sujetan á homologacion ó insinuacion judicial, asi como la de muebles cuyo valor esceda de seiscientos francos, esceptuando de esta formalidad las donaciones por matrimonio.

Por Derecho Romano no era necesaria la escritura, pero sí la insinuacion ó aprobacion judicial, cuando la donacion escedia de quinientos sueldos de oro, leyes 25, título 3, libro 32, y 7 al principio, título 5, libro 39 del Digesto, 27 y 36, párrafo 3, título 54, libro 8 del Código.

La ley 9, título 5, Partida 5, es copia ó epílogo de las diversas leyes Romanas. «Si un ome quisiere dar á otro, puedelo facer sin carta fasta quinientos maravedises de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion:: non valdria. Fueras ende, si lo fiziesse con carta é con sabiduria del mayor juzgador del lugar:» uno y otro Derecho eximian de esta solemnidad á ciertas donaciones: el objeto de ella era evitar fraudes y prodigalidades indiscretas.

La donacion de inmuebles quedó sujeta á escritura y á la toma de razon en el oficio de hipotecas desde su creacion, título 16, libro 10, Novísima Recopilacion.

Escritura pública. Las donaciones son muchas veces obra de la sugestion, de la sorpresa y asechanza; otras veces se hacen para defraudar los derechos de un tercero, *clandestinis ac domesticis fraudibus*, ley 21, título 54, libro 8 del Código: ademas, la presuncion de donar es resistida por derecho, y debe constar claramente la voluntad espresa de hacerlo.

La escritura pública aleja, al menos en parte, estos inconvenientes: sin ella la donacion será nula é insubsanable la falta con arreglo al artículo 1202: pero téngase presente el artículo 952 para las esecepciones de esta regla: en cuanto á las capitulaciones matrimoniales vé los artículos 1242 al 1244.

Espresándose en ella: ó en el inventario ó estado que la acompañe, pues se tiene por parte de la misma: asi estaba prescrito y se practicaba en alguna de las provincias de fueros: esta diligencia es sobre todo importante para los casos de reversion y revocacion, y para saber si la donacion ha sido ó no inoficiosa.

El valor de todos y cada uno de los muebles. En los inmuebles no es necesaria esta diligencia, porque ni desaparecen ni cambian de valor tan fácilmente como los muebles: los motivos que hacen necesario el inventario ó espresion individual de todos los bienes donados, justifican igualmente la estimacion de los muebles.

Cargas y deudas. Hay respecto de ellas las mismas razones que acabo de esponer en los dos párrafos anteriores. Ademas, si, faltando esta manifestacion, se obligase el donatario al pago de las deudas, quedaria al arbitrio del donador hacer ilusoria la donacion con solo aumentarlas ó simularlas. Habria, pues, de su parte una condicion potestativa, que solo es permitida por el artículo 1255 en las donaciones

por causa de matrimonio; y se faltaria al principio de irrevocabilidad consignado en el artículo anterior: la donacion seria, por lo tanto, nula.

ARTICULO 947.

La aceptacion debe hacerse en la misma escritura de donacion ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donador.

En el segundo caso se hará saber la aceptacion en forma auténtica al donador, y se anotará esta diligencia en las escrituras de que tratan este artículo y el anterior.

932 Frances, 856 Napolitano, 1127 Sardo, 1526 de la Luisiana, 1720 Holandes.

«*Si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit, quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat*,» ley 2, párrafo 6, título 5, libro 39 del Digesto.

En la misma escritura; interviniendo en ella el mismo donatario, ó su apoderado especial, cuando se hace la donacion.

En otra separada: es el caso contrario del anterior, y supone hecha ya la donacion.

En vida del donador: porque no llegaron á unirse la voluntad del donador y donatario, y, muerto el primero, no pueden ya unirse en perjuicio de su heredero que tiene adquirido un derecho *real* en la herencia. Lo mismo, y por igual razon, debe decirse cuando el donador ha perdido el uso de la razon, ó se ha hecho incapaz de donar antes de la aceptacion: el concurso de las dos voluntades, del donador y donatario, es necesario para formar la donacion, y no se puede suponer que lo hay en los casos dichos, al tiempo de la donacion: tampoco podrá hacerse la aceptacion por los herederos del donatario muerto antes de aceptarla, artículo 1531 de la Luisiana, porque la donacion se hace por consideraciones personales al donatario.

En el segundo caso: es decir, cuando la aceptacion se hace en escritura separada: vé lo que sobre esto he espuesto en los dos últimos párrafos al artículo 945: la aceptacion y su notificacion al donador deben ser igualmente ciertas, y constar en la misma forma auténtica que la donacion.

Cuando en una donacion revestida de todas las formalidades legales se impone al donatario, como carga de ella, otra donacion á favor de un tercero, deberá este aceptarla en la forma que prescribe nuestro artículo?

Rogron cita un fallo del tribunal de Casacion por la negativa, considerando este caso como de simple estipulacion á favor de un tercero,

comprendido en el artículo 1121 Frances, que es el segundo párrafo del nuestro 977, en los que nó se imponen al tercero tales formalidades para la aceptacion.

¿Será necesaria la aceptacion espresa, ó bastará la tácita? El artículo 932 Frances la requiere *en términos espresos*; y, esplanando estas palabras, se dice en el discurso 35: «El juez no debe admitir por presunciones la aceptacion tácita, aun cuando el donatario haya presentado la escritura de donacion, y la haya firmado; aun cuando haya entrado en posesion de las cosas donadas.»

El artículo 1528 de la Luisiana admite la aceptacion tácita cuando la donacion ha sido puesta en ejecucion: es decir, si el donatario ha sido puesto por el donador en posesion corporal de las cosas donadas.

Yo tengo por mas legal y razonable esta disposicion, que, como todas las cuestiones de hecho, debe quedar al prudente arbitrio del juez, aunque el caso no puede ser frecuente.

ARTICULO 948.

El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar por sí mismo ó por medio de quien tenga su poder especial para el caso, ó general para aceptar donaciones.

933 Frances, 1721 Holandes, 1128 Sardo, 1529 de la Luisiana, 856 Napolitano.

Viene á ser la disposicion general para todos los contratos en el artículo 980.

Por un apoderado. De consiguiente, faltando poder, no valdria la aceptacion si despues no la ratificaba el donatario y se cumplia con lo demas prescrito en el artículo anterior. Si el donatario muere antes de haberla aceptado su apoderado, no podrá ya este aceptarla, sabiendo la muerte, porque el mandato se acaba por la muerte del mandante; pero si la aceptó ignorando la muerte, valdrá la aceptacion, y la donacion surtirá sus efectos, artículo 1628.

ARTICULO 949.

Las personas que tienen facultad para aceptar las herencias y mandas hechas á los que están sujetos á la patria potestad, tutela ó curaduría, á los padres y á cualquiera corporacion, podrán tambien aceptar, en su nombre respectivamente, las donaciones que se les hicieren.

935 y los dos siguientes Franceses, 1132 Sardo, 859 y dos siguientes Napolitanos, 1533 y dos siguientes de la Luisiana: vé el artículo 244, y los 824 y 825.

En el artículo 214 de los Contratos se dice: «el contrayente capaz, no puede pedir la declaracion de nulidad fundándose en la incapacidad del otro contrayente:» esto se funda en que el incapaz puede hacer mejor, mas no peor, su condicion.

¿Si el menor ó muger casada, aceptan la donacion por sí, llenando todos los otros requisitos, valdrá la aceptacion?

Dufour por las palabras *devra etre acceptée par le tuteur* del artículo 935 Frances decide que no: en cuanto al menor, Rogron dice que las opiniones de los mejores jurisconsultos franceses se hallan divididas en este punto (el caso del menor): y espone los fundamentos de una y otra opinion sin emitir claramente la suya: respecto de la muger hay conformidad en decidir la cuestion negativamente.

Yo tengo por muy razonable y decorosa esta opinion en el segundo caso (de la muger casada): lo contrario podria dar lugar á sospechas ofensivas de la santidad y paz de los matrimonios: pero no encuentro motivo alguno para que, respecto del menor, no haya de regir en este caso lo dispuesto por regla general para todos los contratos en el artículo 1186.

ARTICULO 950.

La muger casada no puede aceptar las donaciones sino en la forma prevenida en el artículo 826.

934 Frances, 1721 Holandes, 1552 de la Luisiana, 858 Napolitano, 1129 Sardo: vé lo espuesto en el artículo anterior, y en el 826.

ARTICULO 951.

Aquellos á quienes respectivamente pertenece aceptar en representacion de las personas ó corporaciones impedidas de hacerlo por sí, están igualmente obligados, en su caso, á procurar la notificacion y anotacion de que habla el artículo 947, *y responderán de los daños y perjuicios que se originaren á los interesados.*

Las personas impedidas de aceptar podrán hacer por sí mismas las diligencias de que trata este artículo, si los obligados fueren negligentes.

La primera parte es el 940 y 942 Franceses, 864 y 866 Napolitanos, 1136 y 1137 Sardos.

La segunda parte de nuestro artículo se halla tambien en el 940 Frances y 864 Napolitano; pero se concretan á la muger casada: el 1136 Sardo estiende esta facultad á todos los donatarios, y así se ha adoptado, porque el que está bajo tutor ó curador puede por sí solo mejorar su condicion. La muger casada es por esto solo asimilada á

los menores de edad, y ademas puede serlo realmente: no aparece, pues, razon fundada para hacer en favor de ella sola la escepcion que se hace en el artículo Frances; y Rogron mismo la estiende á los menores.

La responsabilidad de los daños y perjuicios en este caso es una consecuencia del artículo 1011.

ARTICULO 952.

Las donaciones de bienes muebles, cuyo valor no llegue á 100 duros, no están sujetas á los formalidades prescritas en este capítulo, y surtirán su efecto siempre que conste de cualquier modo, pero con certeza, el hecho mismo de la donacion, el de la aceptacion ó tradicion, y la capacidad del donador ó donatario.

Esta disposicion es aplicable á los regalos autorizados por el uso, aunque su valor esceda de dicha cantidad.

El artículo 1724 Holandes dice: «Los dones manuales de objetos muebles corporales y de efectos al portador serán válidos sin escritura y por la sola entrega hecha al donatario, ó á un tercero que acepta por él.»

El artículo 931 Frances dista mucho de esta claridad. «Tous actes portant donation entre vifs seront payes devant notaires.» De el sentido natural de estas palabras, como de los motivos y objeto que aconsejan la escritura pública en las donaciones, debia inferirse que era necesaria en todas; y en los discursos 55 y 56 no se encuentra una sola palabra para darle otra interpretacion y consecuencia.

Y sin embargo se le ha dado otra muy diversa, consagrada ya por la jurisprudencia y por fallos del tribunal de Casacion.

Hay donaciones, dice Rogron al citado artículo 931, que pueden consumarse sin escritura alguna; tales son las de las cosas muebles. Desde el momento en que han sido entregados los objetos la donacion es perfecta, y aquellos pertenecen al donatario.

Estas donaciones se llaman *manuales*, porque se hacen de *mano á mano*. No era posible proscribirlas, porque equivaldria á quitar al hombre uno de sus derechos mas naturales, el de dar gratificaciones y hacer regalos para ejercer actos de generosidad, y recompensar en el acto mismo los servicios recibidos. ¿Podia obligarse á las partes á constituirse en presencia de un notario para hacerse el mas insignificante regalo?:: La jurisprudencia ha reconocido constantemente la validez de las donaciones manuales, cuando aparecian inequívocos los caractéres de donacion de esta especie: el tribunal supremo ha llegado hasta declarar válida una donacion de billetes al portador (al'ordre) por me-

dio de un endoso en blanco, y de efectos muebles, aunque entregados solamente á un tercero que habia aceptado por el donatario.

No puede negarse que los motivos de esta jurisprudencia son muy conformes á la sencilla y recta razon; ¿pero lo son al citado artículo 931 Frances? ¿Cuál pudo ser la causa de tan absoluto silencio en aquel Código sobre casos de uso mas frecuente que los de las otras donaciones?

La Comision no podia pasar por este mismo vacío y silencio: por otra parte, le pareció en estremo peligrosa la latitud del artículo Holandes, pues á su sombra podrian hacerse ilusorias todas las precauciones legales en materia de donaciones con solo convertir los bienes inmuebles en dinero ó bienes muebles.

Adoptó, pues, el término medio de limitar la cantidad guardando hasta cierto punto consecuencia con los artículos 1002, 1208 y 1220: las donaciones cuyo valor no llegue á dos mil reales, pueden quedar en la esfera comun á todas las obligaciones: las de mayor valor necesitan de mayores precauciones: no bastará, por ejemplo, en ellas el instrumento privado como en las otras obligaciones: la ley mira aquellas con menos favor que á estas, porque su tendencia es á despojar las familias: vé lo espuesto en el artículo 946 á las palabras *escritura pública*.

A falta de escritura será completamente nula la donacion, y no solo en cuanto al esceso, como estaba dispuesto por Derecho Romano y de Partidas: la forma esencial del acto es indivisible: vé el artículo 1202.

Bienes muebles: la donacion de inmuebles, sea cualquiera su valor, queda sujeta á escritura pública segun el número 1 del artículo 1003 y el 946.

A los regalos autorizados por el uso: como los que suelen hacerse á los abogados y médicos por la victoria en un pleito granado ó por haber recobrado la salud; los que se hacen con ocasion de bodas ó cumpleaños á los parientes.

Algo parecido á esto se encuentra en las leyes Romanas. En la 12, párrafo 3, título 7, libro 26 del Digesto, se dice del tutor: «*Solemnia munera parentibus cognatisque (pupilli) mittet*;» y por la palabra *solemnia* entienden los intérpretes los regalos de cumpleaños. La siguiente ley 13, párrafo 2, y la 1, párrafo 5, título 3 del libro 26, escluyen los regalos de bodas, porque *non perquam necessaria est ista numeratio*: razon que hoy dia no satisfaria, pues que no están menos autorizados por el uso estos regalos que los de cumpleaños.

Aunque su valor esceda: entiéndase de regalos de bienes muebles, segun el párrafo 1 del artículo: los inmuebles, sea cualquiera su cantidad, quedan sujetos á las disposiciones del artículo 946.

CAPITULO III.

De la medida y efectos de la donacion.

ARTICULO 953.

La donacion puede comprender todos los bienes presentes del donador ó parte de ellos, con tal que este se reserve en plena propiedad, ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

La donacion no puede comprender los bienes futuros.

El 943 Frances solo dice: «No podrá comprender sino los bienes presentes del donador: si comprende los bienes futuros, será nula en cuanto á estos;» 867 Napolitano, 1138 Sardo, 1704 Holandes, 598 de Vaud; el 944 Austriaco permite donar todos los bienes presentes, pero solo la mitad de los futuros. El 10 Bávaro, capítulo 8, libro 3, dice: «La donacion de todos los bienes no está prohibida; pero el donatario queda responsable en todo á los acreedores y herederos legítimos (del donador) por sus créditos y por la reserva legal: ademas contrae la obligacion de proveer á la manutencion del donador.» El 1484 de la Luisiana: «La donacion entre vivos no debe en caso alguno despojar enteramente al donador: este debe reservarse de que subsistir, y si, no lo hace, la donacion será nula en el todo.» El 1139 Sardo: «Las donaciones de todos los bienes presentes no subsistirán, si los donadores no se reservan el usufructo, ó alguna otra porcion conveniente para subvenir á sus necesidades ó poder testar.»

Por Derecho Romano podian donarse todos los bienes presentes y futuros sin perjuicio de la legítima, ley 35, párrafos 4 y 5, título 54, libro 8 del Código, «*vel etiam totius substantiæ: vel totam substantiam tradere.*» Sin embargo, algunos la impugnaron so color de que nadie podia privarse á sí mismo de la facultad de testar, y exigieron que el donador se reservase alguna cantidad disponible.

La ley 8, título 4, Partida 5, supone válida la donacion *de todo lo suyo*, aunque la 7, título 12, libro 5, la habia prohibido: ni una ni otra distinguieron entre bienes presentes y futuros; y mas bien parece que quisieron hablar de los presentes, *de todo lo que oviere*, *de todo lo suyo.*

La ley recopilada 2, título 7, libro 10 (69 de Toro), fijó el verdadero sentido de estas leyes prohibiendo la donacion de todos los bienes, aunque se haga solamente de los presentes. Sin embargo, Antonio Gomez, al número 3 de sus comentarios á dicha ley 69 de Toro, sojuz-

gado por la mania de la testamentifaccion, arriba indicada, sostuvo la validez de la donacion de todos los bienes presentes, si el donador se reservó el usufructo ó alguna cosa ó cantidad notable de que poder testar.

En la primera parte de nuestro artículo sostenemos la donacion de todos los bienes presentes con la condicion ó limitacion de Gomez, no por la razon metafísica y dudosa, aun en Derecho Romano, que él mismo da, sino por la sencilla y poderosa que se espresa en el artículo, y que viene á coincidir con las dadas por el mismo Gomez, al número 1, para fundar la prohibicion de la citada ley de Toro.

El Sr. Palacios Rubio, voto muy autorizado, fundó la prohibicion de donar todos los bienes presentes en que *ex tam inmmensa donatione præsumitur fraus:* Gomez la rechaza diciendo, que la verdadera razon puede ser *principaliter, favore subditorum, et secundario, favore Reipublicæ.*

En efecto, la República está interesada en restringir estas traslaciones repentinas de fortunas, ó despojos, casi siempre fraudulentos, de las familias; pero el interés mayor y *principal* es de los *súbditos*, el de los mismos donadores: ¿cómo tolerar que por imprudencia y prodigalidad propias, ó por maquinaciones agenas, se despoje uno de todo lo suyo en favor de otro, constituyéndose en una espantosa mendicidad? La moral y el bien público se resienten del repentino cambio de la holganza á la pobreza. No puede esplicarse racionalmente esta especie de suicidio sino por la fuerza irresistible de una seduccion ejercida con habilidad y constancia, ó por un acceso pasagero de locura.

No puede comprender los bienes futuros. Es decir, los bienes que el donador tendrá en tal época, ó dejará al morir. Segun el artículo 2040, la donacion entre vivos trasfiere al donatario, irrevocablemente y en el acto, la propiédad de los bienes donados, lo que no puede tener lugar en los futuros. Ademas, el donador podria hacer ilusoria la donacion de estos bienes, disipándolos ó no admitiéndolos: ultimamente, esta donacion vendria á ser una especie de pacto sucesorio, reprobado en el artículo 994.

Por bienes futuros se entienden aquellos que no posee el donador, y sobre los cuales no tiene derecho ni accion pura ó condicional para pretenderlos ni esperarlos.

¿La donacion de los bienes presentes y futuros será nula en el todo ó valdrá en cuanto á los presentes?

El artículo 943 Frances decide lo segundo, y yo lo admito, porque lo útil no se vicia por lo inútil siempre que pueda separarse de este, como sucede en las cosas ó cantidad, y el que quiso lo mas, quiso tambien lo menos. Por esto en Derecho Romano y Patrio, aunque estaba prohibido donar mas de quinientos sueldos ó maravedis de oro sin la

insinuacion ó aprobacion judicial, la donacion sin este requisito solo era nula en cuanto al esceso; leyes 34 al principio, y 36, párrafo último, título 54, libro 8 del Código, y 9, título 4, Partida 5.

Las donaciones matrimoniales pueden comprender los bienes presentes y futuros, artículo 1253.

ARTICULO 954.

Ninguno puede dar ni recibir por via de donacion mas que lo que puede dar ó recibir por testamento.

Las donaciones serán inoficiosas en todo lo que escedieren de esta medida.

920 Frances, 837 Napolitano, 1489 de la Luisiana, 1155 Sardo, 960 Holandes, 578 de Vaud.

Conforme con las leyes 35, párrafo 4, título 54, libro 8 del Código, 8, título 4, Partida 5, y 5, título 3, libro 10, Novísima Recopilacion.

La donacion y el testamento, como que son títulos gratuitos, *pari pasu ambulant.* Los efectos de este artículo se desenvuelven en el 971, y en los de sus referencias: sin embargo, el marido y la muger no pueden hacerse donaciones, y pueden dejarse en testamento.

Inoficiosas: hechas contra el oficio, piedad ó afectos de los vínculos de la sangre; en una palabra, en perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

El título 39, libro 3 del Código; es *de inofficiosis donationibus:* en las leyes primera y última se dice: «*Immodicarum donationum querela ad similitudinem inoficiosi testamenti legibus fuit introducta ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa, vel similis existimanda*;» porque se habia visto que los padres recurrian á las donaciones entre vivos para defraudar á los hijos en la legítima, que antes solo se computaba por los bienes que dejaban al tiempo de su muerte.

ARTICULO 955.

Cuando la donacion fuere hecha á varias personas conjuntamente, no gozan ninguna de ellas el derecho de acrecer, á no haberlo determinado asi el donador.

Es el 12 Bávaro, capítulo 8, libro 3; y en rigor no era necesario consignarlo aqui, porque el derecho de acrecer nunca tuvo lugar en los contratos sino en las últimas voluntades, y, por su analogia con estas, en las donaciones *mortis causa*, que nosotros no admitimos.

Sin embargo, en el artículo 1256 se hace una escepcion á favor de los esposos en cuanto al derecho de acrecer en las últimas voluntades: vé el capítulo 9, *De las herencias por testamento.*

ARTICULO 956.

El donador no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, si no lo hubiere estipulado; pero el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que, en caso de eviccion, pertenecerian al donador.

El 1711 Holandes dice: «El donador en caso de eviccion no está obligado á la garantía» (saneamiento). El 945 Austriaco: «El que dona á sabiendas cosa agena, es responsable de los perjuicios que causa.» El 1085 Prusiano, parte 1, título 11: «El donador no debe garantia á menos de convencion espresa.»

Concuerda el artículo en su fondo con las leyes 2, título 45, libro 8 del Código, y la 18, párrafo 3, título 5, libro 39 del Digesto, en la que se dice que, aun donándose á sabiendas cosa agena, y haciendo en ella grandes gastos el donatario, solo tendrá este accion de dolo para reclamarlos del donador, «*Plane de dolo posse me adversus eum (donatorem) habere actionem, si dolo fecit.*»

La responsabilidad al saneamiento no tiene lugar sino en los contratos onerosos. Sin embargo, cuando el donador prometió una cosa genérica, y esta sale incierta, habrá lugar al saneamiento, como sucede en igual caso respecto del legado, á pesar de ser título lucrativo, ley 58, título 2, libro 21 del Digesto, y otras.

Desechado en este caso el saneamiento por eviccion, lo queda con igual ó mayor razon el de vicios ocultos de la cosa.

Si no lo hubiere estipulado asi: conforme con la citada ley 2 del Código, porque lo especial deroga á lo general, y la voluntad espresa de las partes es la primera ley de los contratos.

Se subroga: es una consecuencia de la donacion, y ningun perjuicio se hace en esto al donador.

Vé el artículo 1270.

ARTICULO 957.

Podrá reservarse el donador la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, ó de alguna cantidad sobre ellos; pero, si muriese sin haber dispuesto, pertenecerán al donatario los bienes y cantidad reservados.

El 946 Frances llama en el caso de este artículo á los herederos del donador, no obstante cualquiera cláusula ó estipulacion en contrario. Le siguen el 870 Napolitano, 1145 Sardo, 600 de Vaud, 1518 de la Luisiana; el 1708 Holandes consagra la disposicion contraria, es decir, la de nuestro artículo; y debo advertir que el artículo 1086 Fran-

ces y demas Códigos estranjeros la consagran igualmente en las donaciones hechas por contratos de matrimonio.

Segun la ley 26, título 37, libro 6 del Código, y la 7, título 4, Partida 5, las donaciones hechas hasta cierto tiempo, cumplido este, vuelven á los herederos del donador; y en esto no podia haber la menor duda.

El caso de nuestro artículo es diferente, y ha parecido siempre dudoso. Su resolucion se funda en que la donacion comprendió la misma cosa ó cantidad: el donador no la esceptuó de ella; y solo se reservó la facultad de poder disponer, dando con esto á entender, que, si no disponia, la cosa ó cantidad, seguiá definitivamente la suerte de los demas bienes donados. Fué una especie de donacion condicional en cuanto á su consumacion, y la condicion se ha cumplido por la muerte del donador sin haber usado de la facultad: en una palabra, se presume que en este caso el donador prefirió el donatario á sus herederos. Sin embargo, es preciso confesar que este caso es una escepcion del artículo 2040, pues que no se transfiere irrevocablemente la propiedad, y lo es tambien del artículo 979, porque la egecucion ó cumplimiento viene á depender de la sola voluntad del donador.

Si este, en lugar de reservarse simplemente la facultad de disponer, se hubiese reservado la cosa misma ó cantidad, aunque añadiera *para poder disponer de ella*, el caso y su resolucion serian favorables á los herederos del donador, porque la cosa ó cantidad quedaban desde un principio escluidas de la donacion; y la cláusula *para poder disponer* nada significaria, pues aun sin espresarlo habria podido hacerlo, y la espresion de lo que necesariamente se sobre-entiende, ni gusta ni da fuerza á los contratos.

El artículo 946 Frances está copiado del párrafo 3, artículo 2, seccion 2 de Pothier, en su tratado de las Donaciones: todo el fundamento es que la donacion entre vivos es esencialmente irrevocable, y que no lo seria en cuanto á la suma ó cosa reservada.

ARTICULO 958.

Tambien se podrá donar la propiedad á una persona, y el usufructo á otra ú otras, con la limitacion prescrita en el artículo 457.

949 Frances, 873 Napolitano, 601 de Vaud, 1706 Holandes, 1149 Sardo.

A otra ú otras. Segun el artículo 955, el donador puede reservar para sí propio el usufructo de lo donado; segun este puede tambien reservarlo para otra ú otras personas. Nada hay de particular en ambos casos, porque la propiedad y el usufructo pueden estar separados tem-

poralmente: en ambos los derechos y obligaciones del usufructuario se regirán por lo dispuesto en los capítulos 2 y 3 del título 4.

Pero en el segundo será necesaria la aceptacion del donatario ó donatarios del usufructo, y que este se limite á lo prescrito por regla general para toda especie de usufructo en el artículo 435: vé el primer párrafo del 638.

ARTICULO 939.

Podrá establecerse válidamente la reversion en favor de solo el donador para cualquiera caso y circunstancias; pero no en favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para la sustitucion testamentaria.

El artículo 951 Frances solo permite estipular la reversion en favor del mismo donador; lo mismo el 875 y 876 Napolitanos, el 1709 Holandes, 1146 Sardo, 1521 de la Luisiana.

Por Derecho Romano y Patrio podía pactarse la reversion sin las trabas de este artículo: «*Legem, quam rebus tuis donando dixisti:: præses provinciæ impleri provideat.*» Ley 9, título 54, libro 8 del Código.

La reversion es una verdadera sustitucion, y se gobierna bajo este aspecto por las mismas reglas segun el artículo 636.

De solo el donador: suele hacerse para el caso que este sobreviva al donatario y á sus descendientes. No puede haber una estipulacion mas justa y digna de una acogida favorable. Es una de las condiciones de la donacion, y una condicion razonable, puesto que el donador no se habia despojado de lo suyo sino por el cariño que profesaba al donatario y á sus descendientes.

Si al establecerse la reversion se dijo simplemente «hijos y descendientes del donatario,» se entenderán los legítimos, no los naturales ó adoptivos: el lenguaje pudoroso de las leyes no da otra significacion á tales palabras cuando se usan genéricamente ó sin otra calificacion.

En favor de otra persona, etc.: vé los artículos 635, 636 y 638: será, pues, válida la donacion á pesar de la nulidad de la reversion ó sustitucion; y podrá imponerse esta en la donacion hecha á un impubero para el caso allí espresado.

De todos modos el donatario ó sus herederos no están obligados á restituir los frutos percibidos antes de llegar este caso de reversion, porque los percibieron de buena fé y no faltaron á las condiciones del contrato.

El artículo reconoce únicamente la reversion convencional, no la legal, de la que hay un ejemplo en la ley 5, título 2, libro 5 del Fuero

Juzgo, ó 9, título 12, libro 3 del Fuero Real, acerca de lo donado por el marido á la muger.

Segun las leyes 8 y 9, título 7, libro 3 de la Novísima Recopilacion Navarra, las donaciones por matrimonio volvian al donador en el caso de sobrevivir este al donatario y á sus hijos, quienes no podian enagenar viviendo el donador: vé el artículo 1234 y lo alli espuesto.

CAPITULO IV.

De la revocacion y reduccion de las donaciones.

ARTICULO 960.

Las donaciones hechas por una persona que, al tiempo de hacerlas, no tenia hijos ni descendientes legítimos, quedarán revocadas por el solo hecho de sóbrevenir un hijo, tambien legítimo, del donador, nacido con todas las condiciones necesarias para considerarlo vividero con arreglo al artículo 107.

Si el hijo sobreviniente fuere ilegítimo, no quedará nula la donacion sino en el caso de ser legitimado.

960 Frances, que está mucho mas espresivo y detallado, 885 Napolitano, 609 de Vaud, 1536 de la Luisiana: el 1169 Sardo comprende, como los otros, las donaciones mútuas; pero añade, que quedará tambien revocada la donacion hecha por el otro: disposicion legal y equitativa, porque falta la causa del contrato, que, á no dudar, fué la reciprocidad de la donacion.

El Código Holandes no admite esta causa de revocacion.

La ley 8, título 56, libro 8 del Código, es, por decirlo asi, la *mátriz* en esta materia, pues aunque realmente no habla sino de las donaciones hechas por los patronos á sus libertos, los intérpretes la estienden por equidad á todas.

En este sentido fué adoptada por la ley 8, título 4, Partida 5; pero sus palabras, tomadas literalmente, podian dar márgen á otras dudas, pues habla del que no teniendo hijos, *ni esperanza de tenerlos*, los tiene de muger legítima *con quien casase despues*: habla tambien del que dona *todo lo suyo ó gran partida de ello*, *partem aliquam facultatum*, de la ley 8 Romana, en lo que tal vez convendria haberlas seguido, pues parece duro y hasta ridículo que toda donacion, por pequeña que sea, haya de revocarse ó anularse por esta causa: este punto, como de puro hecho y sujeto á modificacion segun la diversidad de circunstancias, lo dejaban los intérpretes al prudente arbitrio del juez.

(Los motivos de este artículo pueden verse en el discurso 53 frnces al artículo 960.)

Las donaciones; sin deducir en las remuneratorias el valor apreciable del servicio ó beneficio prestado, segun lo espuesto al artículo 945. En las donaciones mútuas la revocacion se estenderá á las dos, porque, revocada la una, desaparece la causa de la otra.

El artículo 1250 esceptúa las donaciones matrimoniales; el artículo 960 Frances solo esceptúa las donaciones hechas por los ascendientes ó por los esposos, uno al otro: lo mismo el discurso 53, porque los ascendientes tenian hijos al hacerlas, y los esposos se casaban para tenerlos: segun nuestro artículo 945, quedan esceptuadas todas las de título oneroso. Este artículo no distingue, como el Derecho Romano y Pátrio, entre donaciones de todos los bienes ó gran parte de ellos, y donaciones de cantidades ó cosas singulares: quedarán, pues, revocadas todas.

No tenia hijos: si los tenia, la donacion será válida, aunque sujeta á lo dispuesto en los artículos 954, 971 y 972.

Pero basta que no los tenga al tiempo de la donacion, haya ó no esperanzas de tenerlos, y aunque el hijo estuviera ya concebido. La ley, por motivos de piedad, presume *juris et de jure* que todas las donaciones llevan la tácita condicion *si el donador*, *entonces sin hijos*, *no los tuviere despues;* y esta presuncion es de tal fuerza, que no valdrá la renuncia ó manifestacion contraria del donador, por ser contra las buenas costumbres, *contra officium pietatis*, y los deberes que la naturaleza y la ley imponen á los padres para con sus hijos. Lo mismo será si los tenia, pero lo ignoraba, y movido por este falso concepto hizo la donacion; porque en tal caso, resultando falsa la causa del contrato, no produce este efecto alguno, segun el artículo 998.

Igual efecto producia el falso concepto en la institucion de herederos, aunque fuesen estraños, segun la ley 21, título 1, Partida 6, tomada de la 92, título 5, libro 28 del Digesto.

Revocadas: revocadas enteramente, no reductibles como inoficiosas, de las que se trata en los artículos 954, 971 y 972: *totum quidquid largitus fuerit, revertatur*, la citada ley 8 Romana: «luego que los ha es revocada por ende la donacion, é non deve valer en ninguna manera.» ley 8 de Partida.

Por el solo hecho: de aquí nace la disposicion del artículo 965, que es una escepcion del artículo 429: el poseedor de buena fé hace suyos los frutos percibidos antes del emplazamiento: el donatario, tambien de buena fé, no los hace desde el nacimiento del hijo legítimo, sea ó no requerido.

Mas no es esto decir que el dominio de lo donado vuelva *ipso jure*

al donador: si asi fuera, habria contradiccion con el artículo 962, que espresamente concede accion al donador y la hace prescriptible.

Un hijo tambien legitimo: ó un descendiente aunque sea póstumo, cuando el donador, al hacer la donacion, no tenia hijos ni descendientes; por ejemplo, la viuda del único hijo queda en cinta, y antes de dar ella á luz hizo el suegro la donacion: en este caso quedaria revocada la donacion por el nacimiento del nieto legítimo aunque fuera muerto ya el donador: los mismos motivos de piedad y cariño, los mismos deberes naturales y legales hay entre abuelo y nieto que entre padre é hijo: asi en derecho no muere sin hijos el que muere con nietos.

Y como los hijos de un matrimonio putativo son habidos en todo por legítimos, segun el artículo 93, quedaria igualmente revocada la donacion por su nacimiento; pero no por la adopcion, pues que ni la palabra *hijo*, usada simplemente en el Derecho, comprende al adoptivo, ni puede quedar al arbitrio del donador revocar la donacion, siempre que lo quiera.

Con todas las condiciones, etc.: porque sin ellas se tiene por no nacido, segun el artículo 107.

Es opinion comun entre los escritores de derecho, y la sigue nuestro Gomez, *variar.*, tomo 2, capítulo 4, número 12, que si el hijo nacido muere antes de haberse revocado la donacion, convalece esta ó queda subsistente.

Esta opinion, aunque muy plausible en Derecho Romano, pugna con las palabras de este artículo *revocada por el solo hecho*; desde el nacimiento, con las condiciones de viabilidad, hay revocacion; este derecho se trasmite á los herederos, segun el artículo 962, y desde entonces cesa el donatario de hacer suyos los frutos, segun el artículo 965. Si el donador, antes ó despues de la muerte del nuevo hijo, quiere todavia favorecer al donatario, tendrá que hacerlo por una nueva donacion, pues la primera quedó revocada *ipso facto, pleno jure.*

Si el hijo sobreviniente, etc.: luego no se revocará la donacion por la legitimacion del ilegitimo que ya existia al hacerse aquella, pues por esto mismo debe presumirse que el donador pensó en él cuando la hizo.

Si los naturales y espúreos fueran hoy herederos forzosos de la madre en los términos que disponia la ley de Toro, ó 5 recopilada, título 20, libro 10, habria de sostenerse, que la donacion hecha por la madre se revocaba por el nacimiento posterior de uno de aquellos, prescindiendo de la legitimacion.

Legitimado: por subsiguiente matrimonio, segun el artículo 118.

Desde que lo fuere: porque la legitimacion, y no el nacimiento, es la causa de la revocacion: de consiguiente, el donatario hará suyos los frutos percibidos antes de la legitimacion.

ARTICULO 961.

Verificado el caso de que trata el artículo anterior, los bienes donados se devolverán al donador, quedando nulas las enagenaciones que hubiere hecho, ó hipotecas que sobre ellos hubiere constituido el donatario.

963 Frances, que comprende espresamente aun el caso de haberse hecho la donacion en favor del matrimonio del donatario; le siguen el 1172 Sardo, 612 de Vaud, 1559 de la Luisiana: el 888 Napolitano los sujeta subsidiariamente á la restitucion de la dote de la muger del donatario: ya he notado que el Código Holandes no admite la revocacion por esta causa.

La disposicion de nuestro artículo es muy dudosa en Derecho Romano: algunos sostienen lo contrario, porque en este caso hay inocencia, y no debe ser de peor condicion que el de culpa por ingratitud: vé el artículo 967.

Tampoco está espreso en la ley 8, título 4, Partida 5; pero las palabras «es revocada por ende:: é non deve valer en ninguna manera» encierran el espíritu de nuestro artículo.

Los fundamentos de este quedan espuestos en el anterior á las palabras *no tenia hijos.* La condicion tácita que la ley presume en las donaciones, *si no tuviere hijos*, es de suyo resolutoria, y, existiendo, deshace el contrato segun el artículo 1031.

Siempre que la resolucion de un acto acontece por una causa antigua é inherente al mismo contrato, *ex causa antiqua et inhærente contractui*, borra y destruye todas las cargas impuestas á la cosa, cuyo poseedor no tenia sino una propiedad resoluble; *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*: téngase tambien presente el artículo 1246.

ARTICULO 962.

La accion que nace de lo dispuesto en los precedentes artículos, se prescribe á los treinta años, contados desde el nacimiento del último hijo, y pasa á los hijos y descendientes del donador, habidos despues de la donacion y á los herederos de estos.

Esta accion no puede renunciarse. 966 Frances, 1175 Sardo, 891 Napolitano, 615 de Vaud, 1661 de la Luisiana.

La opinion mas comun entre los intérpretes del Derecho Romano, aunque sin apoyo en ley espresa, es que la revocacion tenia por objeto el favor del donador, no el de sus hijos; que no se hacia *ipso jure*, sino á instancia del mismo donador, cuya accion era personal y podia re-

nunciarse antes ó despues, aun tácitamente, y no competia á los hijos ni á los herederos.

En nuestro sistema, la revocacion por esta causa tiende á favorecer á los hijos mas que al donador; este tiene para con ellos (cuando quiera que nazcan) deberes naturales y sociales de que no puede desentenderse. En vano, pues, renunciará el donador espresa ó tácitamente á la revocacion; el órden público rechaza tal renuncia.

Treinta años contados desde el nacimiento del último hijo. Será pues necesario el lapso de treinta años, no solo para que pueda prescribir el mismo donatario, cuyo título caducó, sino tambien para que prescriba el tercero que haya adquirido del donatario con título y buena fé; es una escepcion al artículo 1953, por lo favorable de esta causa de revocacion.

Por la misma consideracion de favor, los treinta años se cuentan desde el nacimiento del último hijo, aunque este sea póstumo, *quia quoties de jure eorum agitur, pro jam natis habentur*; á mas de que si este nacimiento siendo solo, hubiera bastado para la revocacion, tambien debe bastar para interrumpir la prescripcion, y esta no ha podido correr contra el último nacido, cuyos derechos son iguales á los del primero.

No puede renunciarse: dejo espuestos los motivos: tal renuncia será nula como pacto contra las buenas costumbres.

ARTICULO 963.

El donatario y sus causa-habientes hacen suyos los frutos que hayan producido los bienes donados hasta el nacimiento del hijo legítimo ó la legitimacion del ilegítimo.

Segun el artículo 962 Frances, el donatario hace suyos los frutos hasta que se le haya hecho saber en forma el nacimiento ó legitimacion; pero aunque haya sido tomado del 41 de la célebre ordenanza de 1731, obra del inmortal D'Aguesseau, no lo hallo conforme con el 960, en que se declara revocada *de pleno derecho* la donacion por el nacimiento ó legitimacion, sin necesidad de intimacion; sin embargo, los Códigos Sardo, Napolitano, de Vaud y de la Luisiana, copian en esto al Frances: vé lo espuesto en el artículo 960, á las palabras *por el solo hecho*, y en el mismo y 961, que esplican por qué en Derecho Romano el donatario hacia suyos los frutos percibidos antes de intentarse contra él la accion *personal* sobre revocacion.

ARTICULO 964.

La donacion será revocada á instancia del donador, cuando se haya dejado de cumplir alguna de las condiciones con que la hizo.

En este caso, se observará lo dispuesto en el artículo 961, *haciéndose la restitucion de los bienes con los frutos é intereses, segun lo determinado en el artículo* 1041.

954 y 956 Franceses, 1726 Holandes, 879 y 881 Napolitanos, 1162 y 1164 Sardos, 603 y 605 de Vaud. Segun el 1552 de la Luisiana, si la condicion suspensiva de la ejecucion de la donacion es casual y no puede ya cumplirse, la resolucion de la donacion se opera de pleno derecho. Segun el 1553 y 1554 «si se trata de condiciones potestativas, es decir, de las que el donatario se ha obligado á hacer existir ó impedir, su inejecucion no causa de pleno derecho la resolucion de la donacion, sino que debe pedirse y pronunciarse en justicia;» si se prueba que la inejecucion de estas condiciones proviene de falta del donatario, puede ser condenado á la restitucion de los frutos percibidos desde que pudo cumplir las condiciones y no lo hizo.

Segun las leyes 1, título 54, y 1, título 56, libro 8 del Código, el donador puede apremiar al donatario al cumplimiento de la condicion, carga ó causa final de la donacion, ó bien revocarla: por manera que está al arbitrio del donador pedir lo uno ó lo otro; pero los intérpretes conceden al donatario que pueda purgar la mora bajo ciertas condiciones; siendo una de ellas que lo haga antes de la contestacion del pleito.

La ley 6, título 4, Partida 5, dispone lo mismo, añadiendo, despues de poner ejemplos, que estas donaciones se dicen en latin *sub modo*: vé los artículos 714 y 715 sobre los legados *modales*.

A instancia del donador: que podrá usar ó no de su derecho: no se resuelve pues el contrato, ni queda en este caso revocada la donacion *ipso jure, por el solo hecho*, como en el del artículo 960: aqui no se atraviesa sino el interés del mismo donador; en el 960, el de la sociedad y de la naturaleza: en esto se fundan los intérpretes para conceder al donatario la facultad de purgar la mora: la accion del donador se regirá en este caso por las disposiciones generales sobre prescripcion.

En el artículo 961: vé lo en él espuesto; de consiguiente podrá el donador repetir contra los terceros poseedores.

En el artículo 1041: porque la donacion es un contrato, y en el caso de este artículo lo es oneroso; de consiguiente, quedará tambien sujeta á lo dispuesto en el artículo 1042 del mismo título.

¿Podrá el donatario pedir la rescision de la donacion ya aceptada, y dispensarse de cumplir las condiciones y cargas por parecerle despues exorbitantes?

No; porque contrajo una obligacion, y nosotros no admitimos la rescision por lesion, aun en los contratos siempre y de suyo onerosos.

ARTICULO 965.

Tambien puede ser revocada la donacion á instancia del donador por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1.° *Si el donatario cometiere algun delito contra la persona, honra ó bienes del donador.*

2.° *Si el donatario imputare al donador alguno de los delitos que dan lugar á procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, á menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su muger ó hijos constituidos bajo su autoridad.*

955 Frances, que entre las tres causas de ingratitud pone la denegacion de alimentos al donador, cuando en ningun artículo de aquel Código se impone al donatario la obligacion de darlos: ni el Derecho Romano ni el Patrio incurrieron en esta contradiccion. Copian al artículo Frances el 604 de Vaud, 1165 Sardo, 879 Napolitano y 1547 de la Luisiana: el 1725 Holandes admite tambien la denegacion de alimentos, y cuando el donatario se ha hecho culpable ó cómplice de atentado contra la vida del donador, *ó de cualquier otro crímen respecto de él.*

El 948 Austriaco es mas lacónico y espresivo: «Si el donatario se permite contra el donador una accion por la que deba ser castigado criminalmente.»

La ley 10, título 56, libro 8 del Código, dice: «*Si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut atroces injurias in eum effundat, vel manus impias inferat vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat: vel vitæ periculum aliquod ei intulerit;*» la ley 10, título 4, Partida 5, ha copiado la Romana.

Nuestro artículo, en su número 1, viene á coincidir con el Holandes y Austriaco: *todo crímen, toda accion*, todo delito, porque todos encierran una grave ingratitud, que hace al donatario indigno de conservar la liberalidad recibida: asi se evitan las dudas á que ha dado ocasion el artículo Frances.

Algun delito, etc. Entiéndese de todos los que están clasificados como tales en el Código penal, aunque no puedan ser perseguidos sino á instancia ó querella de la parte agraviada.

Del donador. Segun la opinion generalmente recibida, debia decirse

lo mismo del delito contra la muger, ó hijos constituidos bajo la potestad del donador. El artículo rechaza esta opinion porque la materia es odiosa y de estricta interpretacion.

Número 2. *Si el donatario, etc.* Este no queda libre de la nota de ingrato por la prueba del delito imputado aunque lo quede de la pena de calumniador por el artículo 368 del Código penal. Sobre delitos, cuya persecucion debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por accion popular, no está bien al donatario perseguir, sino mas bien compadecer á su bienhechor.

Pero si el delito hubiere sido cometido contra el mismo donatario, su muger ó hijos constituidos bajo su patria potestad, entiendo que no le comprenderá la disposicion de este artículo. El derecho de vindicarse así mismo, ó á las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente á todo otro derecho: ni tampoco estará comprendido el fiscal que imputa ó persigue el delito, ni el juez que condena; pues lo hacen por necesidad, y *ratione officii.*

Tampoco puede renunciarse anticipadamente esta causa de revocacion: tal pacto seria contra las buenas costumbres porque invitaria á delinquir. Pero la revocacion, cuando haya lugar, comprenderá las donaciones remuneratorias, aunque no las onerosas, segun lo espuesto al artículo 943.

ARTICULO 966.

El donatario hace suyos los frutos percibidos hasta la demanda.

Concuerda con los artículos estranjeros que cito en el siguiente.

Ex rebus donatis perceptus fructus in rationem donationis, non computatur, ley 9, párrafo 1, título 5, libro 39 del Digesto.

Los frutos. Porque hasta la demanda fueron percibidos de buena fé, y no deben corresponder al donador, sino desde que le corresponde la propiedad ó valor de la cosa; fuera de que, *in rationem donationis fructus non imputantur.*

ARTICULO 967.

Sin embargo de que se declare revocada la donacion por causa de ingratitud: quedarán subsistentes las enagenaciones é hipotecas anteriores al registro de la demanda de revocacion en el oficio de hipotecas.

Las posteriores serán anuladas.

Es el primer párrafo del artículo 958 Frances; 1167 Sardo, 883 Napolitano, 607 de Vaud, y 1727 Holandes: el 1951 de la Lusiana

salva los derechos que resulten del matrimonio en favor del esposo del donatario.

Quidquid is qui á matre impietatis arguitur, ex titulo donati'ons tenet, eo die quo controversiæ qualecumque principium jussu judicantis datur, matri cogatur reddere. Cæterum, ea quæ adhuc matre pacificá; jure perfecta sunt, et ante incohatum cœptumque, judicium vendita, donata permutata, indotem data, cæterisque causis legitime alienata, minime revocamus.» Ley 7, título 56, libro 8, del Código: la citada ley 10, título 4, Partida 5, pasa en blanco este caso, y solo dice que el donatario « deve perder la cosa que le fué dada.»

Enagenaciones. En esta palabra vienen comprendidas las ventajas hechas á los esposos por el donatario ingrato, ó por un esposo al otro, aunque sea á virtud de lo dispuesto en el artículo 653, cuando fueron hechas de una manera irrevocable como en capitulaciones.

Anteriores al registro: Vé el número 7 del 1863: el donatario merece sin duda alguna ser tratado con toda severidad por haber roto el vínculo mas sagrado que existe entre los hombres; pero esto no debe perjudicar á los derechos adquiridos por un tercero con buena fé.

La revocacion por causa de ingratitud no se hace sino en virtud de una causa nueva y en castigo de la ofensa cometida por el donatario. De consiguiente, los terceros poseedores han adquirido un derecho absoluto y no sujeto á resolucion por la ingratitud del donatario.

Ademas, el donador puede remitir su injuria, y el derecho de revocar la donacion espresa ó tácitamente; y hasta el registro de la demanda no consta debidamente de su voluntad para que pueda imputarse negligencia al tercer adquirente.

Pero la seguridad dada en este artículo al tercero no redunda en provecho del donatario ingrato; vé el artículo 970.

ARTICULO 968.

La accion concedida al donador en el artículo 965 *se prescribirá dentro de un año contado desde que pudo ejercitarla.*

Primera parte del 957 Frances, 1729 del mismo Código, 882 Napolitano, 606 de Vaud, 1165 Sardo, 1550 de la Luisiana.

Conforme con la ley 5, título 35, libro 9 del Código, segun la que se prescribe por un año la accion de injurias: la 22, título 9, Partida 7, dispone lo mismo.

La ley presume que por el lapso de un año y silencio del donador perdonó este la injuria, y de consiguiente renunció tácitameute su derecho.

Desde que pudo ejercitarla: es decir, desde que tuvo conocimiento de la injuria ó ingratitud: este es el espíritu claro de las leyes y Códigos citados, aunque digan desde *el dia del delito*, *si ex eo die annus excessi*: el que ignora la injuria, no puede perdonarla espresa, ni tácitamente, que es el fundamento de este artículo: vé el número 1 del artículo 1976: ha de haber, pues, conocimiento de la injuria y posibilidad de ejercitar la accion, porque *impedito non currit tempus*: artículo siguiente.

ARTICULO 969.

Nó se trasmitirá esta accion á los herederos del donador, si este, pudiendo, no la hubiere dejado intentada.

Tampoco podrá ejercitarse contra el heredero del donatario, á no ser que, á la muerte de este, se hallare intentada contra él.

Es la segunda parte del artículo Frances y demas estranjeros citados en el anterior, que conceden accion á los herederos del donador, aunque este no lo ejercitase, con tal que haya muerto antes de espirar el año.

Nuestro artículo no admite esta complicacion en materia tan odiosa, y concuerda con las leyes 1, y 10, título 56, libro 8 del Código, con la 10, título 4, Partida 5, y con la 23, título 9, Partida 7; pero la 11 del mismo título concede la accion de injurias á los herederos del que las recibió estando enfermo, si murió de la enfermedad, porque en tal caso le fué imposible ejercitarla.

A los herederos del donador: la revocacion por ingratitud encierra en pura plata una venganza de la injuria; *ad vindictam tendit, non damnum aliquod persequitur*, y la accion de injurias no se dá á los herederos del injuriado, ni contra los herederos del injuriante, si aquel no la intentó contra este.

En tal caso la accion *jam in bonis esse cœpit donatoris*, y sus herederos podrán continuarla, porque se habla de la accion civil á cuya especie corresponde la revocacion: la puramente penal ó criminal se estingue siempre por la muerte del injuriante.

Si este, pudiendo, etc. Tal vez el donador haya muerto ignorando la injuria ó, herido mortalmente por el donatario, haya muerto de la herida. En ambos casos no pudo intentar la accion, y de consiguiente podrán hacerlo sus herederos: la citada ley 11 de Partida parece convenir en el artículo.

Intentada. Por Derecho Romano y Patrio era necesaria la contestacion: segun nuestro artículo basta haberla deducido en juicio, porque la voluntad de revocar es desde entonces manifiesta.

Contra el heredero del donatario, etc.: aun cuando el donador no

haya podido intentarla, como en los casos arriba mencionados; el heredero inocente nó debe ser castigado por la culpa de su causante. Ni puede ejercitarse contra el heredero por su propia ingratitud, puesto que no es donatario ni tiene los vínculos y obligaciones de tal para con el donador: las cuestiones suscitadas por Rogron son inútiles en nuestro artículo.

ARTICULO 970.

Cuando fuere revocada la donacion por causa de ingratitud, el donador tendrá derecho para exigir del donatario el valor de los bienes enagenados ó hipotecados que no pueda reclamar de los terceros poseedores.

Se atenderá al tiempo de la demanda para regular el valor de dichos bienes.

Es el segundo párrafo del artículo 958 Frances y demas estranjeros citados en el artículo 967, que disponen ademas en punto á frutos lo mismo que nuestro artículo 266 sobre los frutos.

Al tiempo de la demanda: porque hasta entonces el donatario ha sido verdadero propietario, y ha podido usar de todos los derechos de la propiedad.

Ademas, los bienes donados han podido disminuirse ó desmejorarse, y el donador no debe percibir mas ni menos que si recobrara los mismos bienes.

ARTICULO 971.

Las donaciones que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 954 tengan el carácter de inoficiosas, computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto tengan de escesivas; pero esta reduccion no obstará para que tengan efecto durante la vida del donador y haga suyos los frutos el donatario.

Para la reduccion de las donaciones, se estará á lo dispuesto en los artículos 648, 649 y en el capítulo 2 del título anterior.

920 y 928 Franceses, con una ligera variacion en cuanto al tiempo desde que deban restituirse los frutos; 967 y 974 Holandeses, 837 y 845 Napolitanos, 1489 y 1502 de la Luisiana, 1155 Sardo con referencia al capítulo 3 *De las herencias testamentarias*, y 578 de Vaud.

Todas las nueve leyes del libro 3, título 29 del Código, cuyo epígrafe es *de inofficiosis donatonibus*, y estienden á ellas la querella del testamento inoficioso. «*Immodicarum donationum querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuit introducta*,» ley 9.

Ley 8 al fin, título 4, Partida 5. «Si por aventura alguno que ovicsse fijos quisiesse facer donacion, etc.»

Los que tienen herederos forzosos no pueden donar en vida ni dejar en muerte mas que la parte de bienes que reste despues de cubierta la respectiva legítima de aquellos: en lo que de estos escediesen las donaciones y mandas se llaman inoficiosas y quedan sujetas á reduccion.

El daño ó perjuicio de los herederos forzosos se echó de ver primeramente en los testamentos: los escésos en la liberalidad son mas naturales y frecuentes cuando se egerce para despues de la muerte.

Los Romanos ocurrieron á este mal con la querella del *testamento inoficioso* que envolvia la reduccion del esceso: pero no faltaron padres é hijos que apelaron en vida á donaciones inmoderadas para burlar la ley ó querella en perjuicio de los herederos forzosos; y fué preciso estenderla por paridad de razon á las donaciones, de modo que estas y los testamentos *pari pasu ambulant* por lo comun en este punto: tal es la historia legal segun el citado titulo 29 del Código, *quod immoderate gestum est, revocabitur*, se dice en su ley 7.

La ley recopilada 5, título 3, libro 10 (29 de Toro), ordena la reduccion aun de los dotes y donaciones *propter nuptias*, usando de la palabra *inoficiosas*.

La 8, título 4, Partida 5, hablando de las donaciones en general, dice: «Puédenlas revocar los fijos fasta en la quantia de la su parte legítima:» pero ni para este caso, ni para el de revocacion por sobrevenir hijos al donador ó por ingratitud del donatario, hay disposicion especial sobre restitucion de frutos: vé el artículo 1252.

En vida del donador: porque no puede saberse hasta su muerte si fueron ó no inoficiosas, y si han de reducirse como tales.

Y haga suyos los frutos el donatario. Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur.

Cum de modo donationis quæritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque pensionum, neque mercedum ulla donatio facta esse videtur, leyes 9 y 11, título 5, libro 39 del Digesto.

La donacion fué perfecta y válida en un principio, y el donatario percibió los frutos de buena fé: la reduccion viene *ex post facto*, y este hecho accidental no tiene lugar sino al abrirse la herencia del donador por su muerte: este fué el motivo de no haber la Comision admitido la diferencia que, segun he indicado, hace el artículo 928 Frances.

Pero como desde este mismo instante pasan el dominio y la posesion de los bienes, incluso el esceso de los donados á los herederos, cesa tambien el donatario de hacer suyos los frutos en cuanto al esceso: lo mismo se dispone en el artículo 890, y téngase presente el 1252 sobre la inoficiosidad de las donaciones matrimoniales.

ARTICULO 972.

Si las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán las mas recientes por el órden posterior de la fecha de su otorgamiento en lo que resultare esceso.

Conforme con el 923 Frances, 971 Holandes, 840 Napolitano, 1494 de la Luisiana, 581 de Vaud, 1158 Sardo.

Por el órden posterior: la supresion ó reduccion ha de comenzar donde comenzó la inoficiosidad ó el menoscabo de la legítima de los herederos forzosos, y esto debe aparecer siguiendo el órden gradual inverso ó mas reciente de las fechas de las donaciones.

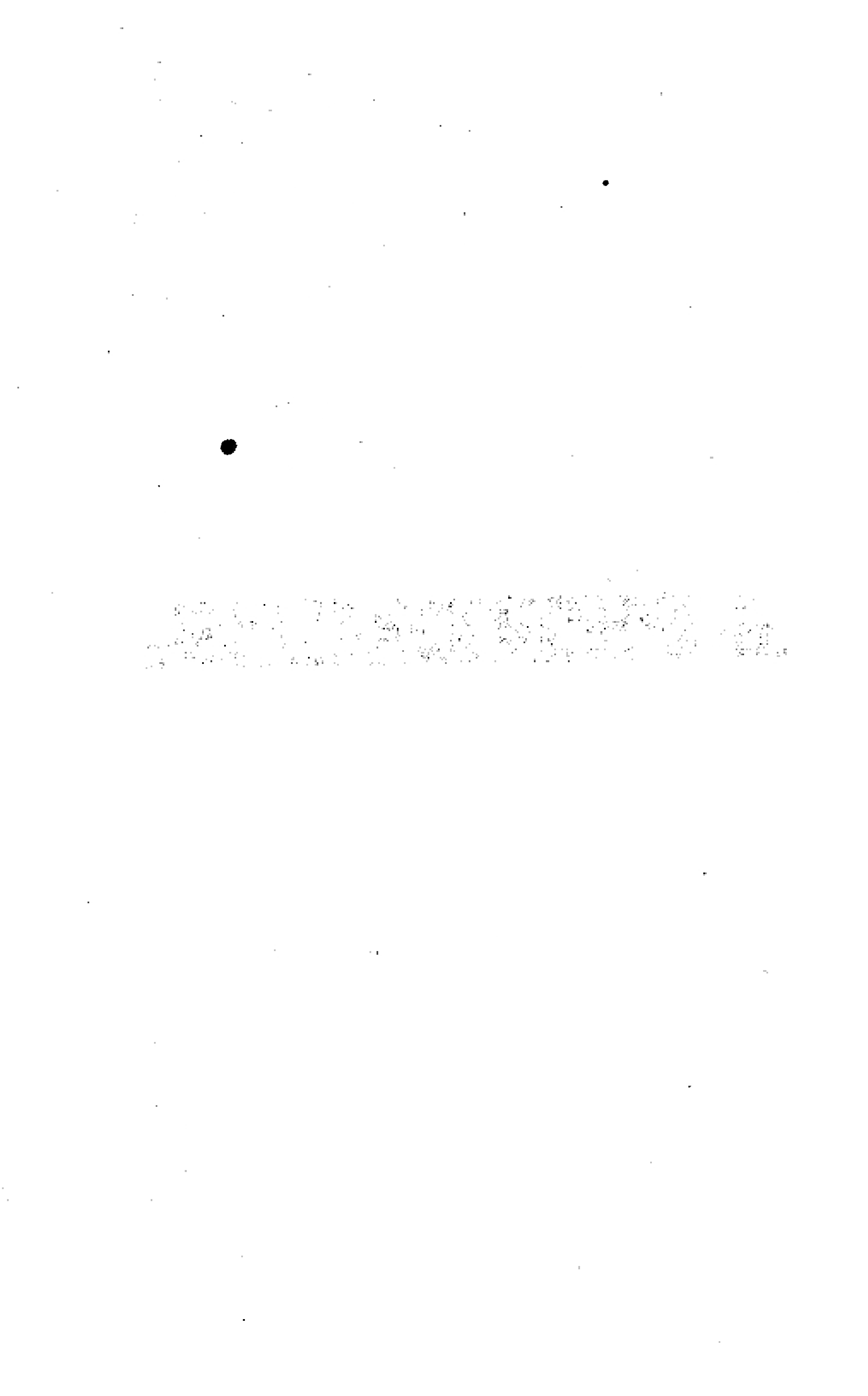
Ademas, sin esta disposicion, quedaria al arbitrio del donador perjudicar á un donatario anterior y hacer ilusorio en parte su derecho ya adquirido é irrevocable sin mas que hacer otra ú otras donaciones posteriores.

Voet, número 38, título 5, libro 39 de sus Pandectas, sostiene lo contrario por Derecho Romano, es decir, que han de reducirse en debida proporcion todas las donaciones sin distincion de fechas: pero ni cita ley espresa, ni sus argumentos pueden prevalecer contra los fuertes y sencillos motivos de nuestro artículo.

Vé, para la perfecta inteligencia de este artículo y del anterior, el 647 y siguientes.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

APÉNDICES.



APÉNDICES.

Número 1 (1).

¿Admitiremos el testamento ológrafo?

El Código Frances lo admite en su artículo 969, y en el siguiente dice: «El testamento ológrafo no será válido si no está escrito enteramente, fechado y firmado de mano del testador; y no queda sujeto á ninguna otra formalidad.» En el artículo 1007 se ordena que deba ser presentado al Presidente del tribunal, etc., antes de procederse á su ejecucion.—El Código Sardo, artículo 744, no admite sino el público, ó abierto, y el secreto, ó cerrado.—El Código Holandes lo admite en su artículo 978, segun se infiere de la cita de Mr. Rogron (vé los otros Códigos).

El Derecho Romano no reconocia el testamento ológrafo, sino cuando se testaba por el derecho ó privilegio militar, y el del padre entre hijos. Novela 107, capítulo 1, y ley 40, título 1, libro 29 del Digesto.—La ley 7, título 1, Partida 6, tomó del Derecho Romano el testamento ológrafo del padre entre hijos; pero la ley 3 de Toro (hoy 2, título 18, libro 10, Novísima Recopilacion), rechazó esta distincion.

Sin embargo, las leyes 12, 13 y 15, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, admiten el testamento ológrafo; la 15, que lleva por epígrafe «*De olografis scripturis*,» es la mas espresiva, y ordena que, cuando por la calidad de los lugares no se encuentre el suficiente número de testigos, se pueda hacer testamento escribiéndolo el testador todo de su mano, espresando el dia y año, y firmándolo: que dentro de seis meses de la muerte del testador, y habido el testamento, sea presentado

(1) Al artículo 564.

al obispo ó juez, y averiguada la verdad (legitimidad) por el cotejo de otros escritos del testador, lo firmen y valga.

La diferencia, pues, entre el Código Frances y el Fuero Juzgo está en que el primero hace del testamento ológrafo un derecho comun, y el segundo un derecho escepcional y privilegiado.

Ni el Código Sardo ni el señor N. lo han admitido aún en los testamentos especiales. El Código Frances no hizo mas que estender, á las provincias que se regian por el *Derecho escrito ó Romano*, el testamento ológrafo admitido ya en las provincias de *costumbres*, y perfeccionado por la Ordenanza de 1735, obra del inmortal D'Aguesseau.

En el discurso 56 se dan brevemente los motivos: «Las provincias de *Derecho escrito* no lo admitian por respeto á la legislacion Romana, que habia exigido tantas solemnidades en el testamento, á causa de estar ligado al ejercicio de los derechos políticos. Ahora está reconocido que es un derecho puramente civil, y debe facilitarse su ejercicio con las precauciones suficientes para asegurarse de la verdadera voluntad del testador; ¿qué prueba ó medio mas á propósito para conseguirlo que un documento escrito enteramente y firmado por él, con espresion de la fecha? «En el 55 se dice: «Esta forma es la mas cómoda, y la esperiencia no ha hecho ver que de ello hayan resultado abusos bastantes para determinar su supresion.»

La legislacion Francesa ha sido desde muy allá mucho mas suspicaz que la nuestra para admitir pruebas en materias de interes, como se ve en las señaladas para los contratos y obligaciones: la admision del testamento ológrafo prueba que no se habian notado en este punto tantos abusos y peligros.

Generalmente hablando, deben ser mayores las dificultades para contrahacer ó fingir un testamento que un vale; y el valor de este puede absorber toda ó la mayor parte de una herencia; ¿por qué, pues, negar á un testamento ológrafo la fuerza que tiene un vale, segun nuestros artículos 1204 y 1206, con la sola firma del que se presume obligado?

Entre nosotros, *todos los individuos* del fuero de Guerra pueden otorgar por sí sus testamentos en papel simple, y *firmado de su mano*, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, segun la ley 8, título 18, libro 10, Novísima Recopilacion; y á pesar de ser tan dilatado aquel Fuero y no exigir la ley sino la firma, ¿se han visto muchos ejemplares de suplantacion ó falsedad? Y si se hubieran visto, ¿no se habria limitado este funesto privilegio á los militares estando en campaña, segun parece haberse hecho por la Ordenanza de 1739, y se desprende de la ley 7?

En nuestras provincias de Fueros se observa el Derecho Canónico,

y vale el testamento otorgado ante escribano y dos testigos: no habiendo escribano, puede suplirle el cura ú otro clérigo, aunque en algunas se procede despues á su abonamiento: ¿se han esperimentado allí mas abusos que en Castilla?

Si no hay fundado temor de abusos, es innegable que el testamento ológrafo facilita sobremanera el ejercicio del precioso derecho de testar. Las solemnidades del testamento cerrado son muchas y engorrosas; ademas, no se puede ocultar que se ha testado, y esto solo puede causar alarmas y disgustos; en el abierto hay el inconveniente mayor de hacerse públicas las disposiciones: de aquí el retraimiento de testar, y lo que es mucho peor, el testar *in extremis* por sorpresa y sugestiones ó intrigas codiciosas.

El Fuero viejo de Castilla, título 3, no permitia al mañero (sin hijos) disponer en la última enfermedad sino del quinto.

Entiendo, pues, que debe darse entrada en el nuevo Código al testamento ológrafo con las precauciones que parezcan oportunas para su presentacion y comprobacion, segun se ve en el artículo 1007 Frances: el 916 de procedimientos civiles sobre esto mismo nada dice, y todavía con mayor espresion en la citada ley 15 del Fuero Juzgo.

Mayor seguridad resultaria mandándose su depósito ó entrega á un escribano público en presencia de dos testigos; pero esto perjudicaria al secreto, á veces conveniente, sobre el simple acto de testar; y seria preciso adoptar, para la entrega y apertura, algunas de las solemnidades del testamento cerrado.

Si esta innovacion pareciere escesiva, creo que al menos debe admitirse en los testamentos de padres entre hijos, aunque contengan mandas á favor de estraños, puesto que nunca pueden pasar del quinto, cuando en todas las otras legislaciones la legítima de los hijos es mucho menor: debe tambien admitirse en todos los testamentos especiales ó privilegiados, y esto es conforme á la citada ley del Fuero Juzgo.

Número 5 (1).

¿Se admitirá el testamento nuncupativo ante cierto número de testigos sin escribano ó con este, pero sin reducirlo á escrito en el acto, leerlo al testador y firmarse por quien mejor parezca?

El Derecho Romano lo admitia; pero ni él, ni el escrito requeria la presencia de escribano: lo mismo se encuentra en las leyes 1 y 2,

(1) Al artículo 572.

título 1.°, Partida 6; y la ley del Ordenamiento de Alcalá (hoy 1, título 18, libro 10 Novísima Recopilacion), no exige escribano sino en un caso, pero sin espresar que haya de reducirse á escrito en el mismo acto, ni quien ó quiénes hayan de firmar.

Ni el Código Frances ni el Sardo, lo admiten en el sentido ó latitud del Derecho Romano, y el nuestro Patrio (artículo 671 Frances, 745 y siguientes Sardos). El Código Frances no hizo en esto sino mantener la legislacion vigente por el artículo de la Ordenanza de 1735.

El testamento nuncupativo, asi entendido, tiene sobre el abierto ó escrito, la ventaja de la celeridad, que puede ser muy preciosa en momentos críticos, ó de agravacion del enfermo; pero tiene tambien las desventajas de la publicidad en las disposiciones, y de la instabilidad en la prueba por la muerte de alguno de los testigos.

En Castilla está recibido el testamento nuncupativo sin asistencia de escribano: por la ley arriba citada, bastan cinco testigos vecinos del lugar en que se otorga, y aun tres, si no pueden ser habidos cinco, ni escribano en dicho lugar.

Por la ley 9, título 3, libro 3, Recopilacion Navarra, vale alli el testamento nuncupativo, otorgado (á falta de escribano) ante el párroco ú otro clérigo y dos testigos vecinos; á falta de clérigo, ante tres testigos vecinos.

En Aragon para el testamento en despoblado bastan el capellan que lo recibe, y dos muchachos mayores de siete años; á falta de estos, el capellan y una muger.

El hospital general de Zaragoza tenia respecto de sus enfermos un privilegio parecido: pero en ambas provincias estos testamentos debian ser seguidos de las diligencias que se llamaban *abonamiento* para reducirlos á escrito y protocolizarlos.

Respecto de Cataluña, vé lo espuesto en el artículo 572.

Lo admitió tambien el Fuero Juzgo por la ley 11, título 2, libro 5, imponiendo á los testigos la obligacion de ponerlo en noticia de los herederos, y *señalando el término de seis meses* para practicar las diligencias judiciales.

Yo no encuentro motivos suficientes para abolir la legislacion nacional, consignada en todos los Códigos generales, en todos los fueros provinciales, y vigente hasta hoy desde la fundacion de la Monarquia. ¿Dónde están las quejas contra las falsedades y abusos cometidos á la sombra de esta legislacion? El requisito del domicilio en los testigos, es ya una garantia; en nuestras provincias del Norte las poblaciones suelen ser cortas, y muchas de ellas de dificilísima comunicacion entre si durante la temporada de nieves; hay un solo escribano de número para dos, cuatro y seis poblaciones, y ademas puede estar ausente de

la de su residencia; sin la facultad de testar de viva voz ante un competente número de testigos, se verian condenados muchas veces á morir intestados los heridos de muerte, los acometidos de un accidente, ó enfermedad aguda.

La segunda parte de esta cuestion parece mas propia de una ley de notariado; asi es que la citada ley 1, título 18, libro 10 Novísima Recopilacion, nada prescribe sobre esto. La ley 11, título , libro 2 del Fuero Juzgo, admite tambien el testamento nuncupativo con solos testigos; pero son notables sus palabras, «*voluntas defuncti quæ instante quocumque periculo conscribi nequiverit, et tamen ab eo qui moritur* (*qui moriturus est* segun el *Códice* de Cardona), *jussa fuerit alligari.*» De estas palabras se infiere naturalmente que solo habia lugar al testamento rigorosamente nuncupativo, cuando por un peligro inminente no pudo hacerse por escrito, y que solo valia cuando el testador moria á consecuencia del peligro: en la version Castellana faltan las dichas palabras.

Número 6 (1).

La seccion al someter esta base al exámen de la Comision, ha prescindido de teorias y de cuestiones puramente especulativas, que todos habemos agitado en la escuela con mas curiosidad que provecho. *¿De donde viene el derecho de propiedad, ó el tuyo y el mio? ¿Está limitado por el uso? ¿Puede el hombre disponer de una cosa para cuando no exista, ni la necesite? ¿La testamentifaccion es de derecho natural, lo es al menos de gentes, ó mera y rigorosamente de origen civil?*

Todo esto puede ocupar al filósofo, que se forja sociedades imaginarias, pero no al legislador que se las encuentra ya formadas: el hombre es esencialmente social; no puede haber sociedad sin propiedad, y en la sociedad todoestá subordinado á la ley civil. Lo están, pues, los medios ó modos de adquirir y trasmitir la propiedad, y mas que todos, los que arreglan la trasmision por testamento.

Así la cuestion está reducida á si la ley en interes de la sociedad, debe ó no autorizar la trasmision de la propiedad por medio de sustituciones.

Escusado es advertir que por la base no queda escluida la sustitucion conocida en el derecho con el nombre de *vulgar*, para el caso de que el instituido en primer grado no quiera ó no pueda ser heredero: en este caso no se verifica sino una primera trasmision de la propiedad.

Se trata solo de las trasmisiones sucesivas ó sustitucioues en grados

(1) Corresponde al artículo 629.

ulteriores, y cuando el primer llamado entró en el dominio, posesion y goce de los bienes.

Por de contado las sustituciones perpétuas, conocidas con el nombre de fideicomisos y mayorazgos están abolidas y á la verdad no es este el tiempo en que pueda tratarse seriamente de renovarlas.

La materia de sustituciones es una de las mas difíciles y complicadas del derecho: la Seccion se propone desembarazar de ellas al nuevo Código, admitiendo únicamente la vulgar.

Mas por ahora la base propuesta se ciñe á la esclusion de las sustituciones fideicomisarias, es decir, aquellas en que se deja la herencia ú otra cosa, con la obligacion de que á la muerte del que la recibe haya de pasar á otro, obrándose asi la trasmision de la propiedad por medio de una persona interpuesta entre el nuevo dueño y el testador.

Las instituciones perpétuas de esta especie, ó los fideicomisos perpétuos, están abolidos por la ley de 27 de setiembre de 1820, y otras recientes.

La Seccion va mas lejos, pues pretende que se prohiban todos, aun los reducidos ó que se limiten á un solo grado ó generacion.

Admitiéndose los fideicomisos temporales, como lo hizo Justiniano por cuatro grados ó generaciones, ademas de los perjuicios económicos que esto acarrearia, en el entretanto, podrian por un medio indirecto hacerse perpétuos con solo renovarlos el último llamado.

La facultad de disponer, sobre todo para el caso en que se ha de dejar de existir, puede y debe ser modificada por la ley segun lo exija ó aconseje el interes público.

La ley que autoriza al testador para que arregle su sucesion ó trasmision inmediata de sus bienes, no debe por esto autorizarle á que arregle á su antojo las siguientes con menoscabo de los derechos del nuevo señor, y los perjuicios económicos consiguientes á la prohibicion de enagenar.

La Seccion no ha desdeñado tomar esta base del Código Frances, porque le parece provechosa, y creo que tomará tambien del mismo la disposicion, por la que se autoriza al testador á dejar á uno el usufructo, y á otro la propiedad de una misma cosa.

Alguna analogía ó semejanza hay entre este caso y el de la sustitucion que se rechaza: la Seccion no se lo disimula á pesar de los ingeniosos ó sutiles argumentos de los autores del mencionado Código; pero al fin no habrá aqui mas que una sola trasmision de la propiedad emanada directa é inmediatamente del testador; y por otra parte, ¿cómo prohibir á este que por un mismo acto y por una sola vez separe el usufructo de la propiedad?

El usufructo en general es anti-económico; pero hay casos en que

por otras consideraciones lo establece la misma ley, y su respeto por el derecho de propiedad la lleva á tolerarlo siempre que sea efecto de ella.

Tampoco se oculta á la Seccion que podrá eludirse indirectamente la prohibicion de la sustitucion en el primer grado; podrá uno v. g. dejar á otro por heredero para el caso ó con la condicion, si tuviere hijos, y no teniéndolos, dejarle el usufructo, y á otro la propiedad.

Pero al menos aquí será dueño y podrá enagenar cuando los tenga; y ademas, los hijos puestos en condicion, segun la opinion comun, no se entienden puestos en sustitucion.

Ha creido tambien la Seccion que podria admitirse una escepcion ó modificacion de la base para el caso en que el donatario heredero ó legatario sea menor de la edad necesaria para testar, y muera sin llegar á ella: el donador ó testador debe tener facultad para darle un sustituto en los bienes libres que le dona ó deja, si el menor llega á morir antes de la edad mencionada.

Esta escepcion ó modificacion tiene por objeto favorecer á los menores ó pupilos: sin ella podria ocurrir que se retrajeran muchos de egercer su liberalidad hácia los mismos por el temor, ó mas bien por la seguridad de que no llegando á la edad para poder testar, recaeria lo donado ó dejado en otras personas que no fuesen del agrado del donador ó testador.

Número 7 (1).

LEGÍTIMA Ó RESERVA Á FAVOR DE LOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS.

¿Conviene hacerla, ó mas bien dejar á los padres y ascendientes en absoluta libertad para disponer y testar de sus bienes, aun en favor de estraños?

Esta cuestion de tan alto interés social, bajo cualquier aspecto que se la mire, es precisamente la que mas divide la legislacion Foral de la Castellana.

Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos, por ser un artículo constitucional, y punto debatido ya, y resuelto en la Comision general.

Habremos, pues, de optar entre una ú otra legislacion, sin que esta alternativa inevitable esculya algun temperamento ó término medio para

(1) Corresponde á la seccion 1, capítulo 6, título 4, *De las herencias*.

suavizar el cambio recíproco de las dos legislaciones, conservando en lo posible el espíritu de ambas, comunicando sus ventajas, y facilitando la continuacion de ciertas prácticas, tan antiguas como queridas; lejos de mí el sacrificar en este, ni en otro punto una legislacion á otra, ni reconocer supremacía de la Castellana sobre la Foral, ó al contrario: vamos á proponer leyes que han de regir á todos los españoles, y no debemos consultar en su redaccion sino lo mejor, ó lo bueno para todos.

Para mejor resolver esta importante cuestion, conviene hacer una reseña histórico-legal de todo lo concerniente á ella.

Al hablar de legislacion es casi imposible pasar en silencio la Romana, y mucho mas en la materia de legítimas, que ha pasado á nuestras Partidas, tal como se encontraba últimamente en aquella.

Sabida es de todos los Jurisconsultos la concisa y enérgica disposicion de una ley del título 18 de las doce Tablas, *uti legassit suæ rei, ita jus esto*; y no es fácil, ni importante el averiguar, si esta ley fué aportada nuevamente de la Grecia, ó de orígen anterior romano.

Lo cierto es que por ella quedó consagrada la omnipotencia del padre de familias para disponer de sus cosas como bien quisiese: pero, como observa el Jurisconsulto Paulo (ley 11, título 2, libro 18 del Digesto), no era estraño que el padre pudiese desheredar libremente á los hijos, sobre quienes tenia tambien el derecho, aun mas terrible, de vida y muerte.

Un pueblo guerrero, semi-bárbaro y tan celoso de su libertad para con los poderes públicos, en lo tocante al régimen del Estado, debia serlo mas por lo respectivo á su hogar doméstico, y al gobierno interior de su familia, en el que no era necesaria la participacion de aquellos: por el mismo principio ó sentimiento, que le condujo á ser libre en la República, debió querer ser déspota en su casa.

Afortunadamente, el ejercicio de este despotismo estaba subordinado á otra ley superior é irresistible, á la de la sangre y la naturaleza: el despotismo paterno rara vez es terrible aun en pueblos estragados, nunca en los de costumbres puras y sencillas: por otra parte, la testamentifaccion no podia ser muy frecuente, cuando cada testamento era una ley, y como tal debia hacerse en los comicios calados.

Pero las conquistas acumularon en Roma la riqueza y los vicios de las naciones vencidas: la corrupcion penetró aun en lo mas puro y menos accesible á ella: hubo padres de familia que, sordos á la voz de la naturaleza, abusaron de su absoluta libertad de disponer en perjuicio y desdoro de sus propios hijos, *malignum de sanguine suo inferentes judicium*.

En realidad de verdad, no habia sido este el espíritu de la ley escrita, á pesar de lo lato y absoluto de su letra; asi los Jurisconsultos

acudieron al remedio de este abuso por medio de la interpretacion, *fingiendo piadosamente* que no daba grandes muestras de estar en su sano juicio, el que sin causa alguna atropellaba los sentimientos y deberes de la naturaleza.

Con este socolor se introdujo por costumbre la querella *de testamento inoficioso*; y asi se practicaba en tiempo de Ciceron, á pesar de no haber sido revocada la ley de las doce Tablas: tan cierto es que la naturaleza ultrajada se abre de un modo ú otro el camino del desagravio, haciendo callar las leyes que, buenas en otros tiempos y bajo otras costumbres, han llegado á ser nocivas por un cambio contrario.

Sin embargo, esta práctica é interpretacion piadosa para ciertos casos no fijaban la legítima de los hijos para todos: á tan incierto y precario estado se ocurrió despues fijándola por ley espresa en la cuarta parte de sus bienes; y por último, Justiniano en su Novela 18, la aumentó hasta la tercera parte, ó la mitad, segun el mayor ó menor número de los hijos.

Pasando á nuestra legislacion Patria, encontramos la célebre y filosófica ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, que trasladada á la 9, título 5, libro 3, del Fuero Real, y esplanada por las leyes de Toro, ha regido siempre, y rige hoy dia en la materia de legítima de los hijos.

Segun ella, todos los bienes de los padres y abuelos son legítima de los hijos, salvo el quinto del que pueden aquellos disponer en favor de estraños.

Pero al paso que asi coarta la libertad de los padres respecto de los estraños, les deja un medio poderoso de recompensa y castigo con la facultad de mejorar en el tercio á los mismos hijos y descendientes: pensamiento ingenioso y desconocido en las otras legislaciones.

En la misma ley se echa de ver que habia otra, por la que los padres tenian la absoluta libertad de disponer de todo lo suyo en favor de estraños, y se procede á su espresa derogacion.

Yo no encuentro la época ni origen de esta ley derogada: algunas de las del Fuero Juzgo son notoriamente de origen Germanico, y concuerdan admirablemente con lo que sobre las costumbres de aquellos pueblos leemos en Tácito.

Pero segun este (número 20, *de moribus Germ.*) los Germanos no conocian los testamentos. Es por lo tanto de presumir que cuando dejados sus bosques y aldeas, se enseñorearon del Imperio Romano de Occidente, y despojaron á los vencidos, como sucedió en España, de las dos terceras partes de la propiedad, adoptaran de los mismos el medio de trasmitirla por testamento, pero reservándose la absoluta libertad en la trasmision: los Germanos ó Godos se hallaban entonces, poco mas

ó menos, en las mismas circunstancias que los Romanos al darse las leyes de las doce Tablas.

Escuso decir que la ley 17, título 1, Partida 6, señala á los hijos la misma legítima que la Novela 18 de Justiniano: semejante ley (á lo que yo entiendo) jamas rigió en España, pues las de Toro, sobre las mejoras de tercio y quinto no las establecen de nuevo, sino que las suponen existentes y en observancia, conforme á la ley del Fuero Real: (ley 2, título 6, libro 12, Novísima Recopilacion.)

Esta legislacion general y vigente en la Corona de Castilla, choca de frente con la de los reinos ó provincias forales. En Navarra, por ejemplo, el padre puede disponer de todos sus bienes á favor de estraños: la legítima de los hijos es puramente nominal y formularia, por no decir irrisoria, *cinco sueldos fébles por razon de los bienes muebles y sendas robadas en los montes comunes ó del Rey por lo tocante á los inmuebles.*

Este es el último estado de su legislacion, aunque en mi concepto no guarda armonía con su Fuero general; en cuyo libro 2, título 4, se determinan las justas causas de desheredacion, y el modo y cosas en que el padre puede mejorar á uno de sus hijos; asi es que las leyes posteriores se refieren *á una costumbre inmemorial* mas bien que al mismo Fuero.

Yo no entraré en el exámen de las causas que pudieron concurrir para una legislacion tan encontrada, y sobre punto de tanta gravedad en provincias que todas habian pertenecido antes á una misma monarquía; tal vez la inseguridad de la dominacion Goda en aquellas montañas por sus frecuentes alzamientos, fué causa de que no se arraigara ó penetrara en ellas el Fuero Juzgo. Lo cierto es que no se encuentra vestigio ni mencion de él en la historia ni fueros de Navarra.

He dicho al principio, que siendo un principio constitucional la unidad de Códigos para toda la monarquía, no podemos salvar la alternativa de optar en este punto entre la legislacion Foral ó la Castellana.

Si nos decidimos simplemente y sin ninguna modificacion por la segunda, heriremos los hábitos y tradiciones de las provincias de Fueros en la parte mas vital y sensible.

Para convencerse de esto, convendria tener á la vista cualesquiera contratos matrimoniales de los que alli se otorgan: ellos son un verdadero pacto de alianza entre dos familias: se preveen todos los casos, se consultan todos los intereses de donadores, donatarios y de los hermanos de estos: ningun casado muere alli intestado, pues se pacta que disponga de sus bienes el cónyuge sobreviviente, y á falta de ambos, dos parientes los mas cercanos de parte de padre y madre. Asi se estrechan

los vínculos entre dos familias, se fortifica el espíritu entre los individuos de cada una, se trasmiten las casas con sus mismos bienes á pesar de su pequeñez, y se desconocen los autos de testamentarías, que forman en Castilla el patrimonio de los malos curiales, sobre la ruina y discordia de las familias. Estas son las principales ventajas que recomiendan el régimen Foral; otra suele esforzarse con mas calor, y de un órden mas elevado.

La sociedad general no es sino el producto y suma de las familias particulares; la buena organizacion, la moralidad y bienestar de las segundas dan siempre por resultado el órden, la moral y felicidad de la primera.

¿Y qué otra base mas sólida, qué regla mas segura puede encontrarse para la perfecta organizacion y buen gobierno de las familias, que fortificar la autoridad del padre, erigiéndole en gefe y árbitro soberano de todo lo concerniente á ellas? ¿Por qué se ha de interponer el cálculo frio de la ley donde obran los dulces é inestinguibles sentimientos de la naturaleza? El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos: estos serán mas afectuosos y obedientes cuando nada tengan que esperar sino del amor paterno.

Hermosos á la par que fuertes son estos argumentos; y por lo que respecta á mi pais han dado los mejores resultados.

Merece tambien observarse que las provincias de Fueros son por lo general de mejores costumbres, de mas vida y energía, donde mas sobresale el espíritu de nacionalidad é independencia: alguna causa ha de haber para tan buenos efectos; y que otra puede haber mas poderosa que la supremacía paterna dentro de las familias?

Nada he omitido de lo favorable á la legislacion Foral: resta examinar lo que favorezca á la de Castilla.

La absoluta libertad de los padres duró poco en Roma, y fué templada en la práctica aun antes de ser formalmente revocada: ademas, nosotros no conocemos la autoridad paterna de los Romanos:

La citada ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, atestigua igualmente cuán poco duró entre nosotros aquella libertad, aunque introducida por otra ley Patria.

Las causas de tan corta duracion fueron las mismas en Roma y en España: los abusos y estravíos de los padres, principalmente en los binubos.

¿No podrán ocurrir, no habrán ocurrido ya en las provincias Forales? Yo tengo entendido que han ocurrido ya en Aragon, y que los tribunales suelen templar el rigor del Fuero, concediendo al hijo, no solo los alimentos naturales y precisos, sino los civiles que alcanzan á

alguna parte de los bienes: los señores de la Seccion, naturales de aquella provincia, y conocedores de sus fueros y prácticas, podrán dar mayor ilustracion sobre este particular.

Yo no tengo noticia de que en mi pais haya ocurrido tal caso, y esto hace honor á sus buenas costumbres; pero si ocurriera, yo dificulto mucho que los tribunales no apelaran á la *piadosa ficcion de la casi-demencia* del padre introducida contra la ley de las Doce Tablas, por los Jurisconsultos Romanos: la incontestable obligacion del padre á dar alimentos á sus hijos vendria en apoyo de *esta ficcion.*

Las provincias de Fueros ofrecen una singular contradiccion. Los padres se creen obligados á dotar completamente á las hijas, y son compelidos á ello por los tribunales, sin que haya ley espresa (al menos en Navarra) que tal ordene.

Asi, pues, no hay en los padres, respecto de las hijas, la absoluta libertad que se supone; pero lo mas notable y peregrino es, que para fallar sobre la competencia de la dote, en caso de litigio, se recurre comunmente á la legítima de todos los hijos, segun Derecho Romano, y por ella se regula.

Ni los Fueros, ni otra ley alguna han querido autorizar abusos á su sombra, y menos contra los sentimientos y deberes de la naturaleza; por el contrario, fiándose enteramente á la misma, han creido que no era necesaria la intervencion del legislador para que el padre se mostrase tal, hácia sus hijos, en la distribucion de sus bienes.

El abuso, pues, de la absoluta libertad no conviene, ni puede concilliarse con el espíritu de los Fueros: veamos el uso racional y equitativo que un buen padre de familias suele hacer de aquella, y para ello supongámosle en hacienda un valor de quince mil duros.

Elige un hijo ó hija, á quien hace donacion universal, con cierta pequeña reserva de que poder testar el mismo donador: el donatario queda obligado á mantener á este, á los otros hijos, á darles carrera, dotar y colocarlos en matrimonio, segun el estado de la casa: otras veces el mismo donador se reserva una cantidad alzada para este último objeto.

Supongamos por término medio al donador cuatro hijos: ¿qué es lo que de los quince mil duros quedará en limpio al donatario con la carga de alimentos del donador, con la reserva á favor del mismo para testar, con los alimentos, dotes y colocaciones de los tres hermanos?

Yo apelo confiadamente al testimonio de todos mis paisanos para que me digan si el donatario Navarro, en el caso propuesto, queda tan beneficiado como quedará un castellano mejorado en el quinto y tercio. Este, con las mejoras y su legítima, se llevará, sin carga alguna, 8,750 duros de los 15,000; y el contraste será mas chocante cuanto

mayor sea el número de hijos con el mismo capital, porque las mejoras importarán siempre la cantidad de siete mil duros.

Así, el uso racional y equitativo, que un buen padre de familia suele hacer en Navarra de su absoluta libertad, viene á dar el mismo, y tal vez menos ventajoso resultado, que puede obtenerse en Castilla con las mejoras de tercio y quinto: la desventaja estará en el modo, en los malditos juicios de testamentaria, de los que me ocuparé luego.

De lo últimamente espuesto, se deduce que el padre con dos ó mas hijos tiene en Castilla los mismos resortes de autoridad paterna que en Navarra, los mismos medios para recompensar los méritos, y equilibrar las desigualdades de sus hijos, y hasta para trasmitir y conservar los bienes de la familia, dejando aparte el arma poderosa de la total desheredacion con justas causas. Y de paso, yo no convengo con el Código Frances en abolir la desheredacion, antes bien la miro como una consecuencia del señalamiento de la legítima.

Por último; puede decirse en favor de la legítima, que «los padres y madres, que han dado la existencia natural, no deben tener la libertad de hacerles perder arbitrariamente la existencia civil bajo una relacion tan esencial como la de los bienes, ó fortuna; y aunque deben quedar libres en el ejercicio de su derecho de propiedad, deben tambien llenar los deberes que les impone la paternidad para con sus hijos y para con la sociedad.

El padre ha contraido, no solo con aquellos, sino con esta, la obligacion de conservarles los medios de subsistencia proporcionados á su fortuna; y por mas confianza que tenga el legislador en el amor paterno, ha debido prever que hay abusos inseparables de la debilidad y pasiones humanas, y no ha podido autorizarlos.»

He trasladado las palabras de un célebre orador de nuestros dias, aunque en verdad podia haber prescindido de hacerlo, pues doce siglos antes se hallaban consignadas estas mismas razones con admirable precision y energia en la tantas veces citada ley 1, título 5, libro 4, del Fuero Juzgo.

Hablando de los padres que por indiscrecion, capricho ó mala voluntad disponian de sus bienes en favor de estraños, segun la ley antigua, añade, que dejaban á sus hijos inocentes, ó reos tan solo de alguna ligera culpa, *ita inanes, ut utilitatibus publicis nihil possint omnino prodesse, quos oportuerat cum virtute parentum infunctum sibi laborem inexcusabiliter expedire.* «Non pueden aprovechar en el pueblo los fiios ó nietos que solien ser escusados de su trabaio por sus padres,» dice la version castellana.

Derógase en seguida la ley antigua, y se fija la legitima tal cual hoy la tenemos «para que el pueblo non pierda lo que non deve, ni los

padres sean sin piedad á los fiios:» *ne aut utilitati publicæ cuandoque depereat quod perire non debet, aut naturalis pietas suspendatur quam circa filios exerceri competenter oportet.*

Se ve, pues, que en aquellos siglos, que miramos con una desdeñosa presuncion, la utilidad pública fué la que preponderó en el señalamiento de la legítima, aunque tambien se hizo mérito de la piedad, ú obligacion natural de los padres.

Y en efecto, cuando un hijo educado en abundancia ó medianía, segun la clase y fortuna de sus padres, se ve repentinamente, y sin justa causa, lanzado en la mendicidad, ¿no es cierto que la sociedad se ve defraudada en los servicios que tenia derecho á esperar de él, y que se encuentra con un miembro inútil, cuando no peligroso?

Asi al asentar los modernos que la legítima es de *derecho público*, no han hecho mas que espresar con otras palabras un pensamiento antiquísimo, una máxima del primero de nuestros Códigos.

Opino, por lo tanto, que en la inevitable alternativa de haber de optar entre la obsoluta libertad de los padres, segun los Fueros, y el señalamiento de legítima, segun las leyes de Castilla, debemos decidirnos por las segundas.

Los padres de familias de las provincias Forales, se acostumbrarán poco á poco al nuevo sistema, cuando toquen por esperiencia que en la amplitud de las mejoras tienen un equivalente de su antigua libertad, para continuar realizando los mismos loables fines que hasta aqui.

Esta novedad no presentará en una poblacion morigerada, los inconvenientes que hay motivos para temer de la absoluta libertad, en las provincias de Castilla.

Ademas hay una razon política y de circunstancias especiales, para temer los abusos de la absoluta libertad, asi en Castilla como en las provincias de Fueros. Los mayorazgos han sido abolidos recientemente, y la vanidad frustrada por este lado, buscaria medios de satisfaccion en la absoluta libertad, sacrificando los afectos de la sangre y las exigencias del órden ó derecho público.

La gran brecha, el mal gravísimo, que de esta innovacion ha de seguirse en las provincias de Fueros, es la importacion de los juicios de testamentaría, eternos, dispendiosos, y que son como la declaracion de una guerra abierta entre los miembros de una misma familia; pues ya dejo observado que en las Provincias Forales, ninguno que contrae matrimonio, muere propia y rigorosamente intestado.

Cortando ó atenuando este mal, se hará menos repugnante la innovacion en las Provincias Forales, y se procurará un gran beneficio á las de Castilla.

Puede contribuir á esto el autorizar á los padres para que hagan la

particion de sus bienes entre los hijos (salva á estos su legítima): cosa conocida en Derecho Romano, y aun en la ley 2, título 15, Partida 6: (Código Frances, libro 3, capítulo 4.)

Que puedan cometer esta facultad á otro.

Que pueda estipularse asi en los contratos matrimoniales á favor del cónyuge sobreviviente; y por muerte intestada de ambos, á favor de los mas próximos parientes.

Yo no hago mas que indicar algunos de los medios: mi pensamiento está claro; si la Seccion lo adopta, podrá ocuparse en los pormenores mas á propósito para desenvolverlo y aplicarlo.

Con el mismo objeto de hacer menos sensible á las Provincias Forales, la innovacion sobre legítimas, me atrevo á hacer las indicaciones siguientes.

Dejo ya espuesto cuál es la costumbre y práctica inmemorial en aquellas (al menos en Navarra), cuando se escoge ó, como vulgarmente dicen, se hace un hijo ó hija para casa.

Nada hay mas importante, ni mas justamente querido, que esta práctica: ella es el ejercicio omnímodo y completo de la absoluta libertad de disponer, pero el ejercicio mas racional y templado: lo comun alli, es disponer en contratos matrimoniales mucho mas que en testamentos.

Los padres donadores se lisongean de perpetuar por este medio sus casas y apellidos: la mayor parte buscan en él su descanso y consuelos para la vejez.

Yo entiendo que podria servir de compensacion á ésta arraigada y loable costumbre, y que se llenaria en cierto modo el vacío que va á causar la innovacion, si al tratar de las donaciones, mejoras ó capitulaciones matrimoniales, se autorizase espresamente á los padres para mejorar al hijo ó hija por razon de matrimonio, en la cantidad ó cuota de los bienes, de que luego se hablará, pudiendo reservarse el usufructo íntegro ó parcial, ó alguna cantidad á título de alimentos.

La autorizacion podia recaer sobre los bienes presentes como que son ciertos y seguros; y para evitar dudas y pleitos, la donacion ó mejora deberia ir acompañada de un inventario de los bienes presentes del donador, porque asi resultaria, si los otros hijos eran ó no perjudicados en su legítima de entonces.

La seguridad que por este medio adquiriria el hijo donatario ó mejorado, pudiendo ademas el padre señalar las cosas ó fincas de la mejora, haria mucho menos sensible la innovacion, pues que podria continuar hasta cierto punto la misma loable práctica de ahora.

Tal vez llegaria á introducirse en las provincias de Castilla, porque yo me inclino á que debe serles grata.

2.° Podria tambien autorizarse espresamente en capitulaciones matrimoniales el pacto de que, muriendo uno de los cónyuges intestado, pueda el sobreviviente mejorar á uno de los de aquel matrimonio en los bienes del difunto, con tal que le mejore tambien en los suyos; y que esta misma facultad se estienda á los dos parientes mas cercanos, uno por parte de padre, y otro por parte de madre, para el caso de morir ambos sin testamento.

Esto compensaria la facultad de disponer de los bienes del premuerto que, para el mismo caso de intestado, se ha dado hasta aqui en Navarra al cónyuge sobreviviente, con el objeto de que se conserven la casa y bienes de la familia; cosa que probablemente seria bien recibida en Castilla, y de todos modos, como permisiva ó facultativa, á nadie ofendia.

En los contratos matrimoniales que se otorgan en Navarra, suele preverse hasta el caso de morir intestados ambos cónyuges, y se confiere á los dos parientes mas cercanos de parte de padre y madre la facultad de elegir á uno de los hijos para casa, ó hacerle donacion con la carga de dotar y colocar á sus hermanos, en proporcion á los bienes que recibe.

Este caso tiende al mismo objeto que el anterior: ¿no podria permitirse en adelante el mismo pacto respecto de las mejoras? El objeto, sobre ser laudable en cuanto á la conservacion de los bienes, lo seria tambien en cuanto á estrechar el espíritu y relaciones de familia, de que no debe desentenderse el legislador.

Concluyo repitiendo, que me limito á hacer indicaciones sin formular proyectos, ó proposiciones formales: la Seccion las examinará y decidirá.

SEGUNDA PREGUNTA.

¿Cuál deberá ser la reserva ó porcion legítima á favor de los hijos?

Cuando llegó á introducirse entre los Romanos la legítima á favor de los hijos, se limitó á la cuarta parte de los bienes, á semejanza ó por induccion de la cuarta Falcidia, segun opina Heinecio.

Justiniano en su Novela 18 la estendió á la tercera parte de los bienes, siendo cuatro ó menos los hijos; y á la mitad de la herencia cuando pasasen de cuatro.

De aquí resultaba que, siendo cinco los hijos, percibian mas que siendo cuatro, cuando debiera ser lo contrario: no anduvo, pues, discreto Justiniano en este punto.

Nuestra ley de Partida, antes citada, copió, segun costumbre el Derecho Romano; pero ya he dicho que prevalecieron sobre ella el Fuero

Juzgo y el Real, que habian señalado por legítima de los hijos todos los bienes del padre, salvo el quinto.

Desde luego se echa de ver cuánto mayor era la latitud ó libertad del padre en todos los periodos del Derecho Romano, y que el nuestro es muy imperfecto en señalar la misma legítima á uno solo que á muchos hijos.

En mi concepto el Derecho Romano daba demasiada latitud á favor de estraños; el nuestro raya en el estremo contrario, sobre todo en el caso de ser corto el número de hijos.

Es tambien imperfecto nuestro Derecho en cuanto prescinde de la misma consideracion: es decir, del mayor ó menor número de hijos, en la mejora del tercio, que siempre es la misma, bien sean aquellos muchos ó pocos.

El padre debe gozar de mayor ó menor libertad, segun sea mayor ó menor el número de hijos; y, aun siguiendo esta justa consideracion ó proporcion, se verificará siempre que la parte rigorosamente partible será menor cuanto mayor sea el número de aquellos.

Combinar la legítima con el número de hijos, dejando al mismo tiempo á los padres toda la libertad compatible con la obligacion y necesidad de asegurar la suerte de aquellos, es el sistema á que debe aspirarse, pero que no puede conseguirse en todos los casos con una exactitud aritmética; y aun siendo posible no seria conveniente en algunos.

El Código Frances se ha gobernado en este punto (artículo 913) por el número de hijos, pero se ha parado en el de tres.

Habiendo un solo hijo, la legítima es la mitad de los bienes: si hay dos hijos, abraza las dos terceras partes; si tres ó mas, las tres cuartas. No ha querido llevar la proporcion ó subdivision progresiva mas allá, por no restringir demasiado la libertad de los padres, y porque ha contado siempre con el amor de estos á sus hijos.

En nuestro Derecho Patrio es mas difícil la combinacion, si ha de conservarse, como yo opino, la facultad de mejorar á los mismos hijos con alguna parte de lo que constituye su legítima respecto de estraños; ¿por qué no ha de conservarse una institucion provechosa, de origen puramente español y que cuenta doce siglos de existencia?

Despues de muchos cálculos y meditaciones me he decidido por someter á la Seccion el plan ó sistema siguiente.

Quedando un solo hijo, su legítima comprenderá los dos tercios de la herencia paterna. ¿Por qué limitar la facultad del padre en este caso á solo el quinto, como cuando quedan cuatro, seis ó mas hijos? A lo chocante de la desproporcion se agrega que la autoridad paterna no queda bastantemente armada para obtener del hijo díscolo, por el te-

mor ó la esperanza, lo que deberia obtenerse por la sola voz de la naturaleza.

La estension del quinto al tercio me ha parecido suficiente: la suerte del hijo queda en todo caso asegurada; el padre gana pudiendo premiar mas largamente la cariñosa solicitud de su esposa, pagar beneficios recibidos de un amigo ó socorrer á un hermano ó sobrino desgraciado.

Fuera de estos casos ú otros semejantes, lo natural es que disponga á favor del hijo, si este lo ha merecido por su amor y obediencia.

Adoptar la disposicion del Código Frances seria un tránsito demasiado duro y que chocaria con la opinion.

Quedando dos ó tres hijos, la legítima comprenderá las tres cuartas partes respecto de estraños; pero el padre podrá mejorar en otra parte igual á uno de los hijos.

Quedando cuatro ó mas, la legítima comprenderá los cuatro quintos respecto de estraños, pudiendo el padre mejorar en otro quinto igual á uno de los hijos.

Estos dos casos parten del mismo principio; la facultad del padre debe ser mayor, tanto para disponer á favor de estraños, como para la mejora peculiar á los hijos, cuando es menor el número de estos, y debe decrecer ó bajar en sentido inverso.

Pero debe haber un término ó punto fijo; asi se reconoció en el Derecho Romano y en el Frances. Si la facultad del padre se disminuye indefinidamente segun el número de hijos, podria en algun caso llegar á ser ilusoria ó insignificante; y la legislacion actual le reconoce en todos casos la de disponer del quinto, por manera que el nuevo Código no haria mas que conservársela para cuando los hijos sean cuatro ó mas, aumentándola para cuando sean menos.

Este sistema ofrece, aun en su ejecucion, mas sencillez y facilidad, porque es mas fácil y sencillo sacar de una masa ó cantidad dos partes iguales que dos desiguales.

Un ejemplo servirá para poner de manifiesto las diferencias de uno á otro sistema.

Muere un padre con un solo hijo, dejando un capital ó herencia de quince mil duros: por mi sistema podrá disponer del tercio ó cinco mil duros en favor de estraños; hoy solo puede disponer del quinto ó tres mil.

Si deja dos ó tres hijos, podrá por mi sistema disponer del cuarto ó 3750, en favor de estraños; hoy solo puede disponer de tres mil.

En este mismo caso podrá mejorar á uno de los hijos en otro cuarto igual ó 3750; hoy puede mejorarle en el tercio ó cuatro mil.

Si se reunen las dos mejoras en un solo hijo, tendrá por mi sistema

7500; ahora solo tiene 7000. Asi en mi sistema, cuando el hijo se haga merecedor de las dos mejoras, saldrá algo mas aventajado que ahora; pero esto provendrá de la mayor latitud que doy al padre en favor de estraños, y aunque no use de ella, contribuirá algun tanto para fortificar su autoridad.

En mi sistema quedarán rigorosamente partibles 7500; siendo dos los hijos, les tocarán 3750; siendo tres, á 2500. Hoy quedan partibles 8000; á los dos hijos, les tocan á 4000; si son tres, á 2666: pero esto proviene de la misma causa ya indicada, á saber, la mayor latitud á favor de estraños.

Siendo cuatro ó mas los hijos, en mi sistema podrá el padre disponer, como hoy, de un quinto ó tres mil á favor de estraños, y de otro igual entre los hijos; hoy puede mejorar á estos en 4000.

Por mi sistema quedarán partibles 9000, y siendo cuatro los hijos, les tocarán á 2250; siendo cinco, á 1800. Hoy quedan partibles 8000, que entre cuatro corresponden á 2000, y entre cinco á 1600.

La desproporcion ó injusticia del tercio resaltan mas cuanto mayor sea el número de hijos.

Yo entiendo que perfeccionado por estos ú otros medios nuestro sistema actual de mejoras, merece conservarse, ya por su origen español y estar en nuestras costumbres, ya porque fortifica la autoridad paterna sin mengua de la legítima de los hijos respecto de estraños.

Esto segundo, que á primera vista parece contradiccion, resultará comparando mi plan con el Código Frances.

Quedando un solo hijo, no puede tener lugar la mejora española. Si son dos, el Código Frances permite al padre disponer de un tercio; en mi plan puede disponer de dos cuartos ó de la mitad; pero como el un cuarto ha de ser entre hijos, resulta ser mayor la legítima de estos, quedando, sin embargo, mas robustecida la autoridad del padre, pues lo poco que se la coarta respecto de estraños, queda superabundantemente compensado con la mayor latitud entre los mismos hijos.

Siendo tres los hijos, el Código Frances solo permite al padre disponer de un cuarto. Yo le conservo la misma facultad en cuanto á los estraños; de consiguiente la legítima de los hijos es la misma, ó de tres cuartas partes en ambos sistemas; pero la autoridad del padre gana con la facultad de disponer de otro cuarto entre los mismos hijos.

La disposicion del Código Frances continúa siendo la misma cuando son cuatro ó mas hijos; el padre puede disponer de un cuarto, y de consiguiente la legítima de los hijos es de tres cuartas partes.

En mi sistema la legítima será de cuatro quintos. He creido que la facultad del padre respecto de estraños era todavia susceptible en este caso de alguna disminucion, y nuestra actual legislacion la reconoce;

pero con la facultad de disponer del otro quinto entre los mismos hijos, será mayor la latitud del padre que la dada en el Código Frances.

Adoptándose simplemente las disposiciones de este, destruiriamos nuestro ingeniosísimo actual sistema de mejoras; ¿y qué legítima podria señalarse á los ascendientes, si comenzabamos por señalar, en el caso de quedar un solo hijo, la mitad de los bienes?

LEGITIMA DE LOS ASCENDIENTES.

La legítima de la cuarta parte introducida á favor de los hijos en la segunda época ó periodo del Derecho Romano, alcanzó tambien á los padres en los bienes de aquellos: los Autores opinan unánimemente que el aumento de la legítima hecho por Justiniano en su Novela 18, á favor de los primeros, tiene tambien lugar en los segundos: es, pues, corriente en aquel Derecho, *quæ madmodum á patribus liberis, ita á liberis patribus deberi legitimum.*

Yo tengo por repugnante y absurda esta absoluta igualdad de la legítima entre padres é hijos, porque estos pueden ser muchos, y en tal caso resultan menos favorecidos que los padres, cuando deben serlo mas.

Por otra parte, las obligaciones de los hijos no se estienden bajo el aspecto del órden social á tanto como la de los padres, porque la suerte de estos es mas independiente de la porcion de bienes que se les asegure en la fortuna de sus hijos ó descendientes, al paso que el estado de los hijos pende ordinariamente de la parte que obtengan en los bienes de sus padres ó madres.

Sin embargo, las leyes 2 y 11, título 7, la 1, título 8, y la 1, título 11, Partida 6, tomaron la legítima Romana de los ascendientes con todas sus imperfecciones, de modo que un padre ó madre podia llevarse la misma porcion de bienes que cuatro hijos.

El Fuero Juzgo (ley 20, título 2, libro 4,) no reconoció legítima de ascendientes; tampoco el Fuero Real (ley 1, título 6, libro 3.)

Por último, la ley 6 de Toro, (hoy 1, título 20, libro 10 Novísima Recopilacion), aclaró y fijó esta materia con el señalamiento de dos tercios, fuese cualquiera el número de ascendientes.

La legislacion foral no reconoce esta legítima; ¿ni como la habia de reconocer cuando, al menos en Navarra, el padre es escluido en la sucesion intestada de su hijo por los hermanos de este en todos los bienes, y hasta por los otros colaterales en los bienes troncales?

Yo creo que no hay motivo racional para no dar la preferencia en este punto á la legislacion de Castilla.

Cierto es que, como dice la ley 4, título 13, Partida 6: «Segun el

curso de natura, é la voluntad de los padres, deven heredar los fijos los bienes de ellos, dejándolos en su logar despues de su muerte:» lo comun y general es que el hijo cierre los ojos del padre: pero cuando, invertido el órden de la mortalidad, es el padre quien cierra los de su hijo, ¡cómo no dar al padre afligido alguna porcion legítima que nuestras leyes, asi como las Romanas, llaman tan justamente *luctuosa*!!

«Grandemente desdichado (dice un orador) seria el hijo que tuviera necesidad de ser estrechado por la ley á dejar á los autores de su vida algun testimonio de su piedad filial.»

Por otra parte, en la materia de legítimas y sucesiones, debe regir generalmente el principio de reciprocidad. Si el hijo goza de legítima en los bienes del padre, parece justo que este la goce, mayor ó menor, en los bienes de aquel.

El padre puede hallarse necesitado, y precisamente en la edad que mas necesita de ausilios y consuelos, y que le inhabilita para proporcionárselos con su industria y trabajo.

¿Si el padre es rico, qué pierden los otros hijos en aguardar por poco tiempo? El padre les devolverá muy luego este depósito con creces, y con el resto de sus bienes. De todos modos, vale mas que los hijos dependan del padre, que no este de ellos. Pero no se sigue de aqui que la legítima de los padres deba ser igual á la de los hijos: ya he dicho arriba que los deberes de unos y otros son harto diferentes bajo el aspecto del órden social.

Por esto nuestra actual legislacion fija la legítima de los padres y ascendientes en dos tercios, y estiende la de los hijos á cuatro quintos.

Sin embargo, yo entiendo que puede y conviene rebajarse; puesto que se ha rebajado la legítima de un solo hijo á los mismos dos tercios.

Podria, pues, fijarse en la mitad de los bienes indistintamente y prescindiendo del número de ascendientes; ó si se quiere tener tambien en este caso consideracion al número, fijar la mitad cuando los ascendientes mas próximos no pasen de dos, y conservar la ley vigente sobre los dos tercios, cuando aquellos sean tres ó mas, lo que sucederá pocas veces.

Yo no descubro razon para adoptar las estrañas disposiciones del Código Frances sobre este punto; porque es lo mas contradictorio no admitir legitima á favor de los hermanos, cuando están solos, y que estos mismos hermanos priven de la suya á los ascendientes, cuando unos y otros sobreviven al hijo ó nieto y hermano respectivo.

LEGÍTIMA EN LINEA COLATERAL.

No me ocupo en este punto, porque ninguna legislacion la admite.

Sin embargo, la ley 2, título 8, Partida 6, tomada de otra ley Romana, parece admitirla á favor del hermano cuando el heredero instituido por el hermano difunto fuese hombre de mala fama.

Yo anticipo desde luego mi opinion contraria á este caso, para cuando llegue á tratarse del *inoficioso testamento*, ya por lo odioso de la querella, ya por lo vago de la causa, ya porque los autores de las Partidas no supieron lo que era la mancilla de leve nota, *levis maculæ nota*, de que habla la ley Romana, y sobre lo que hay una erudita disertacion de Heinecio.

Número 8 (1).

MEJORAS.

Hablando con rigorosa propiedad, no merecia este nombre sino la del tercio, que salia de la misma legítima de los hijos; el quinto disponible á favor de estraños, no pasaba á los hijos como hijos, y solo bajo este concepto cabe la mejora: sin embargo, la ley recopilada 4, título 6, libro 10 (10 de Toro), la aplica al quinto dejado á un estraño. El quinto y tercio son casi tan antiguos como la monarquia Española, y han llegado hasta nuestros dias en toda su integridad, á pesar de tantas vicisitudes legislativas y del romanismo servil de las Partidas.

La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, 9, título 5, libro 3 del Real, que los introdujo, recuerda otra con el nombre de *antigua*, por la que los padres tenian libertad absoluta para disponer de sus bienes.

Pero huyendo de un estremo, se vino á dar en otro: los hijos no tenian antes otra legítima que su respeto filial y el amor natural de sus padres: la nueva ley les dió la enormísima de cuatro quintos de los bienes, cosa que no tiene ejemplar en la Jurisprudencia antigua ni moderna.

Semejante innovacion dejaba casi desarmado al padre para el premio y el castigo bajo el importante aspecto del interes material: la indulgencia de los legisladores no bastó para ocultarles este inconveniente, y se creyó remediarlo, facultando al padre para mejorar á uno ó mas de sus hijos en el tercio de la misma legítima.

No puede negarse que el pensamiento fué ingenioso, y que es todo español, pues no ha tenido original ni copia en los Códigos antiguos

(1) A la Seccion 2 de las mejoras.

ni modernos; pero hizo surgir muchas dudas y complicó las particiones.

Once leyes, nada menos, de las de Toro, tuvieron por objeto aclarar y fijar una materia de tan frecuente uso, como de grande interes; yo (lo digo con temor y sincera modestia) encuentro sus principales bases tan distantes de los principios de jurisprudencia universal, como lo estuvieron sus resultados de la claridad y sencillez apetecidas.

Yo doy en tierra con las leyes 25, 26 y 29 de Toro, ó 9 y 10, título 6, y 5, título 5, libro 10, Novísima Recopilacion. «Ninguna donacion simple ó por causa onerosa con otro tercero, envuelve mejora, si el donador no ha declarado formal y específicamente su voluntad de mejorar.»

Nosotros mismos sancionamos esta disposicion en el artículo 882, sujetando á colacion todas las donaciones á no haber *dispensa espresa* en contrario; y la colacion tiene por objeto formar una sola masa de los bienes existentes á la muerte del padre y de los donados por él en vida.

La legítima en el lenguaje de las leyes Romanas y Patrias, es una deuda natural (*debitum naturæ*, ley 36, párrafo 2, título 28, libro 3 del Código, y 1, título 11, Partida 6); así, lo dado ó donado en vida por el padre deudor, debe considerarse como una anticipacion ó pago á cuenta de aquella: en esto á nadie se perjudica; en reputar la mejora se perjudica á los otros hijos; y contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones, solo puede prevalecer la voluntad espresa del donador. «Ne sont en realité que des remises anticipées des parts que les »donataires successibles doivent recueillir un jour dans les successions:» palabras de un fallo del tribunal de Casacion, copiado por Rogron al artículo 922: en la donacion hecha á un estraño, no cabe esta presuncion. Y no comprendo yo cómo pueda justificarse el favor que por las leyes 26 y 29 de Toro, se da á las donaciones simples sobre las hechas por causa onerosa, cuando estas, como que su objeto es el matrimonio, debian ser las favorecidas.

Mi segunda innovacion consiste en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esta agregacion, decidirá de la legítima de los hijos, y por consiguiente de las mejoras: derogo, pues, la ley (25 de Toro) 9, título 6, libro 10, Novísima Recopilacion, segun la que no deben sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion ó particion: paso á dar mis motivos.

El Derecho Romano, y todos los Códigos antiguos y modernos, que solo hablan de legítima en oposicion á estraños, rigen esta materia con

tanta sencillez como justicia: lo donado á hijo, padre ó á estraño, se agregará á los bienes existentes á la muerte del donador; con miramiento á esta masa se fija la legítima, y se reduce la donacion, caso de ser inoficiosa: títulos 29 y 30, libro 3 del Código, Novela 92, capítulo 1.

El que tiene herederos forzosos, no puede menguar su legítima por donacion ó última voluntad: la donacion en sus relaciones con la legítima, y para el efecto de reputarse ó no inoficiosa, queda en suspenso hasta la muerte del donador, y lleva tácita y necesariamente la condicion de que ha de caber en la parte libre ó disponible.

Pero compénsase esta obligacion con el derecho de disponer de toda la parte libre en vida ó en muerte, y parcialmente, ó de una vez.

Síguese de aquí que, aunque la donacion no sea inoficiosa al tiempo de hacerse, si despues viene á menos el donador, y agregada á los bienes que deja al tiempo de su mnerte, no cabe en la parte disponible, se reducirá como inoficiosa en cuanto al esceso: el heredero forzoso no puede ser perjudicado en su legítima, y de otro modo podria esta hacerse ilusoria.

Por el contrario: la donacion fué inoficiosa cuando se hizo, pero el donador aumentó sus bienes de modo que, acumulados los que dejó al morir, con los de la donacion, cabe ya esta en la parte disponible; no habrá lugar á la reduccion: de otro modo resultaria que no pudo disponer de toda la parte libre.

Esta ha sido y es la jurisprudencia universal, cuya justicia y sencillez son tan de bulto, que nosotros mismos no podemos menos de observarlas en el caso de quedar por herederos forzosos los padres ó ascendientes: la donacion que el hijo haya hecho á un estraño, ó á uno de sus padres, se acumulará con los bienes que deja al morir, y por el total de la masa se reducirá, ó no, como inoficiosa.

Deberemos tambien observarla aún en el caso de que un padre con hijos, haya hecho donacion á un estraño, pues que la citada ley 9 habla solo de *donatarios fijos ó descendientes.*

¿Cuál, pues, pudo ser la causa de la escepcion hecha en la misma ley, contra la jurisprudencia universal?

Ni el Fuero Juzgo ni el Real la habian establecido; pero es probable que en algunos casos se tocase la enormidad de la latitud concedida en ellos al padre, si el tercio y quinto se sacaban de las dotes y donaciones hechas con anterioridad á los hijos, y que por los dichos Fueros, no eran consideradas aún como mejoras.

Un padre dió por dote, ó donacion de cualquiera especie, 15,000 duros; dejó al morir otros 15,000, y cuatro hijos mejorando á uno en tercio y quinto. Acumulando lo donado y lo dejado, resultaban 30,000:

su quinto 6000; el tercio de los otros 24,000, 8000 y los 16,000 restantes, formaban la legítima de los cuatro, tocando por consiguiente á cada uno 4000 y llevándose el mejorado 18,000.

Repito que tal vez chocó esta enormidad y se trató de poner remedio. En efecto, por la nueva ley de Toro no importarian el tercio y el quinto sino 7000 porque se deducirian únicamente de los 15,000 dejados á la muerte y agregándose á los 8000 restantes los 15,000 donados, resultarian 23,000 partibles entre los cuatro hijos, tocando á cada uno por su legítima 5000 duros y 15,000 reales; asi el mejorado llevaria por los tres conceptos 12,000 duros y 15,000 reales, en lugar de los 18,000.

Séase lo que se quiera de los motivos de la nueva ley, lo cierto es que Antonio Gomez y otros por él citados, no la apoyan sino en la pueril y frívola razon *post quam pater vel mater dotavit vel donavit jam exiit de patrimonio, et acquisitum fuit filio vel filiæ recipienti;* como si no pudiera decirse lo mismo de la donacion hecha por el hijo á alguno de sus padres, herederos forzosos, ó á un estraño, y de la hecha por el padre con hijos al estraño: en ambos casos lo donado salió del patrimonio del donador, y pasó al del donatario; sin embargo, como dejo observado arriba, se acumulará á los bienes dejados por el donador al tiempo de su muerte, y se formará una sola masa para fijar el tercio disponible por el hijo, y el quinto disponible por el padre.

Presenta, pues, la ley 25 de Toro una irregularidad inescusable y un completo desvio de la simplicidad y justicia porque es regida esta materia en todos los Códigos.

Puede tambien dar ocasion la ley á dudas é inconsecuencias. La donacion simple envuelve mejora: primero del tercio, luego del quinto: supongamos que un padre rico donó á uno de sus tres hijos 20,000, y muere luego sin dejar bienes y sí deudas; ¿será por esto ilusoria la mejora, y re repartirán los 20,000 con absoluta igualdad entre los tres? Si deja 30 duros, ¿consistirán las dos mejoras en solos catorce, 6 por el quinto y 8 por el tercio?

Donó á uno 4000 por mejora espresa de tercio; dejó al morir 15,000 y mejoró á otro en el quinto: ¿habrá de sacarse este solamente de los 15,000? Si se resuelve que sí por los términos de la ley, resultará que el padre no ha dispuesto, ni podido disponer en vida y muerte, del quinto de todos sus bienes.

Si en el mismo caso se lega el quinto á un estraño, reclamará este que para fijarlo se agreguen los 4000 donados, y se apoyará, no solo en la razon anterior, sino en que la ley habla solo de mejoras de tercio y quinto entre hijos y descendientes, no entre estraños, á los que no es aplicable la palabra *mejora* respecto del quinto. Si se decide por el estraño, se le hace de mejor condicion que al hijo; si en contra, se falta

á la letra de la ley, que como irregular y escepcional no admite interpretacion estensiva.

Dona el padre 5000 á un estraño simplemente ó espresando que es á cuenta de su quinto disponible; luego otros 5000 á un hijo simplemente ó espresando que es mejora en el tercio, y deja al morir 15,000. El estraño, donatario anterior, reclamará con justicia que los 10,000 donados, se agreguen á los 15,000, y asi resultará que el quinto importa sus 5000: de otro modo se le perjudica en un derecho adquirido con anterioridad, y resultará que el padre no pudo disponer en vida del quinto; resultará que el donador puede hacer ilusoria en todo ó en parte su liberalidad. ¿Y cómo se deducirá la mejora del tercio? Sin duda, de solos los 15,000 existentes á la muerte del padre. ¿Y puede imaginarse una contradiccion mas chocante con la sencilla y recta razon, ni una aberracion mas completa de la jurisprudencia universal?

Igual pregunta con iguales dificultades puede hacerse, si el testador dispone del quinto en dicho caso á favor de su alma; y podrian ponerse otros casos no menos perplejos y espuestos á estrañas, por no decir absurdas consecuencias.

Si la enormidad arriba indicada fué el motivo de la ley, debió buscarse el remedio en la variacion del tipo ó medida de la mejora del tercio, y no en la subversion de principios respetados siempre, y por todos los Códigos; pero los legisladores de Toledo y Toro, se limitaron á resolver dudas sin atreverse á cambios radicales.

Nuestra mision y facultades son mas vastas, y mayor por lo mismo nuestra responsabilidad. La Comision general (si mal no recuerdo) resolvió conservar este rasgo original y característico de la legislacion española, manteniendo á los padres y ascendientes, la facultad de mejorar á sus hijos y descendientes en cierta parte de la misma legítima; seguimos el espíritu de nuestros legisladores y de la Comision, pues el gran pensamiento que presidió en la adopcion de esta ingeniosa novedad, fué contrabalancear la enormidad de la legítima respecto de estraños, y armar á los padres con un poder saludable para el órden y disciplina de la familia.

Pero conservando el espíritu, podemos mejorar la institucion, reducirla á su primitiva sencillez, y ponerla en armonia con los principios de jurisprudencia universal.

Yo creo que esto se conseguirá con solo cambiar la medida de la mejora del tercio, en el quinto de la legítima. Para demostrarlo me valdré de los tres ejemplos puestos por Sala en el tomo 1.° de su Ilustracion del Derecho Real, páginas 184 y 185.

Primer ejemplo. Muere un padre con tres hijos, Pedro, Juan y Die-

go: mejora á Pedro en el tercio, y á Juan en el quinto, dejando un caudal líquido de 1,500 pesos.

Método actual por la ley de Toro.		*Método nuevo.*	
Quinto.	500	Quinto.	500
Tercio.	400	Segundo quinto. . .	240
Legítima.	266 2[3	960 partibles: Legítima.	320
Los otros 800 partidos entre tres.			

En este ejemplo, la legítima de los tres hijos es mayor por el método nuevo: el mejorado en quinto y tercio, sacaria por las dos mejoras é hijuela, segun el método actual 966 y 2[3; y segun el nuevo, 860.

Segundo ejemplo. El mismo padre tuvo ademas una hija, y le dió en dote 400.

Método actual.		*Método nuevo.*	
Quinto.	500	Primer quinto. . . .	380
Tercio.	400	Segundo quinto. . . .	304
Legítima.	300	1216 partibles: Legítima.	304
1200 partibles entre cuatro.			

En este segundo ejemplo la legítima es algo mayor por el método nuevo, y hay ademas la ventaja de ser bastante mayor el primer quinto, disponible á favor de estraños, con lo que se templa la enormidad de la legítima. El mejorado en tercio y quinto, sacaria por ambas meorasj é hijuela, *segun el metodo actual*, 1000; *segun el nuevo*, 988.

Tercer ejemplo. El padre murió con los mismos tres hijos y caudal de 1,500 que en el primer ejemplo; pero habia hecho donacion simple, de 1000 á Pedro, y á Juan otra de 500 por causa: Pedro segun la legislacion vigente, se entenderá mejorado en los 1000, imputándosele gradualmente en el tercio, quinto y legítima.

Método actual.		*Método nuevo.*	
Quinto	500	Primer quinto. . . .	360
Tercio	400	Segundo quinto. . . .	448
2100 partibles: Legítima..	700	1792 partibles: Legítima.	597
Total. . .	1400	Total. . .	1601

Cierto es que en este tercer ejemplo, la legítima es por mi nuevo plan menos en 103 que por el vigente, y que el mejorado sacaria por los tres conceptos ó títulos 203 mas que hoy; pero obsérvese que es un caso rarísimo, pues se supone que el padre habia desmembrado en donaciones casi tanto como lo que dejó al morir. Obsérvese tambien que por mi plan el quinto disponible á favor de estraños, escede en 260 al del método actual; que de consiguiente favorecemos justamente al padre, y la causa de las familias; y no se pierda de vista que en mi plan no se conoce la sutilísima, y á mi entender injusta é irracional diferencia, entre donaciones simples y por causa, cuyos efectos ignorarán los 99 de 100 donadores, ni unas ni otras envuelven donacion; de modo que en el mismo caso tercero, tal como lo propone Sala, los 1300 donados por el padre, se acumularian á los 1,500, que dejó al morir, y formarian una masa de 2800 partible por iguales partes entre los tres hijos: seria pues, la hijuela de cada uno de 933 pesos 1|3.

Omito recordar que las leyes se dan para la generalidad de los casos: *his quæ plerumque ut plurimum, frecuenter et facile accidunt; non quæ perraro eveniunt*, leyes 3, 5, 6 y 10, título 3, libro 1 del Digesto; y sobre todo procuremos restituir á esta materia su primitiva sencillez, claridad y justicia, reconciliándola con todos los Códigos antiguos y modernos. Real Sitio de San Ildefonso, 18 de agosto de 1847.

La Seccion en 30 de octubre de 1848, aprobó las bases é innovaciones propuestas por mí, salvo en lo relativo al segundo quinto, que á propuesta del señor N., fué remplazado por la doble porcion del artículo 654, que guarda proporcion con el mayor ó menor número de hijos.

Número 9 (1).

DESHEREDACION.

1.ª *Que subsiste en los padres la facultad de desheredar á sus hijos por causas justas, procurando reducir estas al menor número posible.*

2.ª *Que en el caso de desheredacion justa y probada, los hijos del desheredado entren en el lugar y derecho de su padre.*

Donde el padre tiene la absoluta libertad para disponer de sus cosas, no es necesaria la desheredacion por justas causas: su necesidad

(1) Al capítulo 7, título 1, libro 3.

vino con el señalamiento de la legítima: asi lo vemos en el Derecho Romano; asi lo encontramos en el nuestro.

La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, fué la primera en establecer la misma legítima que hoy subsiste; pero añadió el cometido de la desheredacion por justas causas, y designó como tales, todas las injurias ó ultrages graves de hecho, y la acusacion criminal contra aquel en cuyos bienes se pretendia la legítima: las leyes 4, 5, 6 y 7, título 7, Partida 6, copiaron las mismas catorce causas que señaló Justiniano.

El Código Frances no ha pasado en silencio la desheredacion, so color de que la legítima es de derecho público, y que los pleitos de esta especie eran el oprobio de las familias y el escándalo de los tribunales.

Mi opinion es, que debe conservarse en manos del padre altamente ofendido esta arma, terrible si se quiere, pero que la impiedad del hijo hace en algunos pocos casos necesaria.

Cuando se dice que la legítima de los hijos es de derecho público, es tan solo en un sentido lato y general para escluir la absoluta libertad de los padres en disponer de sus cosas á favor de estraños: pero ¿cómo el derecho publico ó privado pueden favorecer al hijo que atropella todas las leyes positivas, y rompe con todos los sentimientos y deberes de la naturaleza?

¿No seria, por ejemplo, la mas chocante é inmoral contradiccion, que un hijo convencido ó confeso en juicio de haber atentado contra la vida de su padre, que el que pudiendo y debiendo alimentarle, le ha dejado espuesto á los horrores y desesperacion de la mendicidad, no pueda ser escluido por este infeliz padre de una herencia de que se ha hecho tan notoria y escandalosamente indigno? La ley que dispusiera lo contrario seria tan inmoral como inhumana.

La legislacion existente se presenta á mis ojos exenta de esta contradiccion, y mejor combinada para conciliar la moralidad intrínseca de las acciones con los intereses de familia y hasta con los de la sociedad entera.

La ley citada del Fuero Juzgo habia tambien considerado la legítima como de derecho ú órden público, y en ella encontramos ya la sola razon, que bajo este aspecto vemos reproducida en las esposiciones motivadas del Código Frances.

Las leyes de Partida (17, título 1, y 1, título 11, Partida 6) llamao á la legítima *deuda* natural, *debitum jure naturæ*; y sin embargo los dos Códigos admitieron justamente la desheredacion, porque en los casos en que procede, el desheredado ha violado todos los derechos.

La legitima no será mas sagrada que los alimentos; y estos cesan por causas de insigne ingratitud.

Por las mismas se revocan las donaciones perfectas y consumadas, y se quitan las herencias y legados, bajo el concepto de que el heredero y legatario son indignos de percibir.

No acierto por lo tanto á esplicar, como hallándose recibidas estas mismas disposiciones en el Código Frances, se haya escluida tácitamente la desheredacion.

Si los pleitos sobre desheredacion afligen y escandalizan, culpa será del desheredado que ha dado ocasion á ellos: ¿y lo serán acaso mas que las causas criminales sobre infanticidio ó parricidio? Sin embargo, la triste necesidad prevaleció contra la filantropía de Solon, y ningun legislador posterior le siguió en su piadoso silencio.

Los casos prácticos de desheredacion son raros por fortuna, y sobre ello apelo al testimonio de mis ilustrados compañeros: el número de los hijos ingratos es mucho mayor que el de los padres injustos, cuyo corazon está siempre abierto al perdon del hijo arrepentido, y lleva muchas veces hasta la tumba su silencio sobre los estravíos del incorregible. No hay, pues, que temer el abuso de esta facultad restringida, por otra parte á casos gravísimos, y cuya certeza ó existencia tiene que probar el heredero.

Pero al opinar por la subsistencia de esta facultad, que considero justa en sí misma y conveniente para conservar el órden y vínculos familiares, me es preciso proponer una modificacion importante. Por Derecho Romano y por el nuestro, los hijos del desheredado quedan escluidos de la herencia de sus abuelos, y el castigo del padre culpable alcanza de lleno á su inocente familia.

Esta injusticia ha pasado sin contradiccion á favor de una máxima trivial y de una mera sutileza, reducida á *que no se admite representacion de una persona viva.*

¿Y por qué la legislacion tan fecunda é ingeniosa en materia de ficciones, como la del Derecho de postliminio y muerte civil, no puede tambien fingir que el hijo justamente desheredado es muerto para el solo efecto de que en este caso entren en su lugar y derecho los nietos inocentes del testador?

Degémonos de sutilezas, señores; sigamos la sencillez, la equidad y la naturaleza: los derechos civiles, y sobre todo, los de sucesiones y representacion no reconocen otro orígen ni título que la misma ley civil: esta puede darlas, quitarlos y modificarlos, segun mas convenga al bien público general y al particular de las familias.

La modificacion que propongo, quita á la desheredacion todo lo que tiene de duro, ó de injusto, y desvanece la sola objecion fundada ó especiosa que puede hacerse contra ella.

Los abuelos son tambien padres de sus nietos, y generalmente su

cariño hácia estos es mayor que hácia los hijos en primer grado: este cariño del abuelo se avivará en favor de los nietos cuanto mas desgraciados sean, y no es pequeña desgracia para un hijo el tener un mal padre.

Sucederá, pues, que, no admitiéndose la modificacion propuesta, el abuelo á trueque de no perjudicar al nieto inocente y desgraciado, dejará impune al padre criminal; y la ley no le dará en la desheredacion mas que una arma embotada por los sentimientos de la naturaleza.

La Seccion del Coódigo civil adoptó mi propuesta, y la Comision general la aprobó en su sesion de 17 de diciembre de 1843.

Número 10 [1].

Memoria leida por mí en la Comision general y antes en la Seccion del Código civil sobre la *sucesion intestada*.

Esta se gobierna por líneas, grados y representacion. No me ocuparé de la línea recta y privilegiada de descendientes, porque todas las legislaciones guardan un perfecto acuerdo sobre ella: los de primer grado suceden por personas ó *in capita*; los de segundo ó ulterior, ora estén solos, ora concurran con sus tios, vienen siempre por *representacion* y suceden por estirpes, tomando en los bienes del abuelo la misma parte que tomaria si fuese *vivo el padre á quien representan*: *el derecho de representacion no conoce límites en esta línea*.

En nuestra antigua y primitiva legislacion los ascendientes escluian absolutamente á los colaterales, inclusos los hermanos enteros ó germanos, leyes 2 y 3, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, y 1, título 6 del libro 3 del Fuero Real.

La ley 4, título 13, Partida 6, nos aportó la legislacion Romana, admitiendo á los hermanos con los ascendientes, pero está corregida por las 6 y 7 de Toro (1 y 2, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion), y este es el último estado de nuestra legislacion.

Sin perjuicio de ocuparme luego en lo que sobre este punto disponen los Fueros provinciales, entiendo que no debe hacerse novedad en nuestra actual legislacion: los derechos de sucesion son recíprocos; lo que por esta sucesion pase á los ascendientes debe recaer muy pronto, segun todas las probabilidades, en sus descendientes y hermanos del difunto.

¿Y cómo admitir igualmente en una sucesion á los que ni tienen ni

(1) Corresponde al título 2 de las herencias sin testamento.

deben legítima con los que la deben y la tienen? El órden de la sucesion intentada debe estar en armonia con lo establecido sobre legítimas; si los ascendientes tienen la suya en los bienes de sus descendientes y si no se reconoce legítima en línea colateral, aun á favor de los hermanos enteros, yo no alcanzo por qué hayan de ser admitidos estos á suceder con aquellos en los bienes del hermano é hijo respectivo.

Avanzaré todavia mas, aunque parezca temeridad. Despues de haber meditado mucho sobre esta disposicion del Derecho Romano, trasladada á nuestra ley de Partida, y adoptada con ligeras modificaciones en el artículo 748 del Código Frances, todos estos respetables ejemplos ó autoridades no me alejan de mirarla como absurda y contradictoria: los discursos ó esposiciones de los motivos del último de aquellos Códigos no presentan una razon plausible para esta disposicion á pesar de la copia y lujo que generalmente presentan para todas; opino por lo tanto que debe conservarse nuestra actual legislacion.

La ley de Toro, asi como la del Fuero Real, arriba citadas, para admitir á los ascendientes, quieren que el difunto no haya dejado otros hijos que (sin ser legítimos) hayan derecho de heredar.

Disputan los autores si estos hijos serán los adoptivos y naturales: yo entiendo que ni uno ni otros.

La ley del Fuero Real que favorece á los hijos naturales, reconocidos ante el rey y hombres buenos, no está en uso: quedan, pues, solos para escluir á los ascendientes (á falta de hijos legítimos) los legitimados por el rescripto del príncipe, aunque en cuanto á la sucesion de la madre tenemos ya ley espresa (9 de Toro, ó 5, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion) por la que los hijos naturales escluyen á los ascendientes; pero hablaré mas detenidamente de esto al tratar de los derechos de los hijos que no son legítimos.

Ni el Derecho Romano, ni ninguno de nuestros Códigos, principiando por el Fuero Juzgo, ha admitido en esta línea el derecho de representacion: tampoco lo admite el Frances.

Esta unanimidad de todas las legislaciones, y, lo que es mas notable, de todos los autores que, á pesar de su mania y flujo de disputar, ninguna duda ni reforma han propuesto sobre este punto, me escusa de examinar razones que comunmente se dan para no dar entrada al derecho de representacion en esta línea.

Obra, pues, en los ascendientes la misma regla que entre los colaterales: «el mas cercano en grado escluye al mas distante; *qui gradu alterum præcedit, oblineat omnem hæreditatem*,» ley 6, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo; de consiguiente, existiendo padre ó madre, quedan escluidos los abuelos de la línea del padre ó madre que hubiese fallecido.

Pero hay en esta sucesion de ascendientes una disposicion que á mi corto entender debe ser reformada.

Cuando, faltando padre y madre, existen dos abuelos de una línea y uno solo de otra, se divide la herencia en dos mitades, y cada línea lleva la suya, ley 4, título 13, Partida 6, que lo tomó de la Novela 118, capítulo 2.

Pero ni una ni otra, ni ninguno de los intérpretes de Derecho Romano ó Patrio, indican siquiera la menor razon para fundar ó colorir esta anomalía: baste decir que nuestro Antonio Gomez, idólatra y paladin del primero de aquellos Derechos, confiesa francamente su perplegidad é impotencia en el número 9 de sus Comentarios á la ley 6 de Toro, hoy 1, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion.

Yo no encuentro vestigio de esta inesplicable disposicion en el Fuero Juzgo ni en el Real; véanse las leyes 6, título 2, libro 4 del primero, y 10, título 6, libro 3 del segundo, que solo distinguen entre bienes paternos y maternos, adjudicándolos por entero á la respectiva línea: fué preciso que las leyes de Partida nos regalasen esta caprichosa innovacion del último Derecho Romano.

El legislador establece la sucesion intestada por la presunta voluntad del difunto, deduciéndola del amor ó cariño, y este de la proximidad de parentesco: á la verdad, no podia seguir regla mas sencilla, ni mas conforme al órden de los afectos naturales.

Pero asi como por esta regla se da la preferencia á los mas próximos, se llama con igualdad á los que están en un mismo grado: *qui in uno propinquitatis gradu œquales sunt, œqualiter partiantur*, dice la ley antes citada del Fuero Juzgo, y lo dicen todas las legislaciones.

¿Por qué, pues, admitir tan anómala escepcion, cuando existen dos abuelos de un lado y uno solo del otro? ¿No están todos tres en igual grado? ¿Y la igualdad de grado no es á los ojos del legislador la igualdad en el cariño del difunto? ¿Medía acaso este su cariño por líneas, ó lo fijaba, como se fija siempre, en las personas?

Cuanto mas medito sobre esta aberracion de la regla general, menos alcanzo los fundamentos ó pretestos que pudo tener Justiniano para introducirla y la ley de Partida para seguirla: menos estraño habria sido que la segunda hubiese adoptado las leyes del Fuero Juzgo y Real, que establecian para este caso el *paterna paternis*, *materna maternis*, pero guardaban la igualdad en los bienes adquiridos por el mismo nieto.

Opino por lo tanto, que á falta de padres, deben los abuelos, como mas cercanos é iguales en grado (sea cualquiera su número), suceder igualmente ó *in capita* al nieto; pues á mas de lo que ya llevo espuesto, si para este caso se admitiera la sucesion por líneas habria de ad-

mitirse tambien, como la admite el Código Frances, cuando quedan padre ó madre solos y hay abuelos del otro lado, porque siempre seria cierto que en este último caso hay dos líneas, paterna y materna.

En las provincias de Fueros los padres son escluidos de todos los bienes ó sucesion del hijo por los hermanos de este, y, lo que todavía es mas chocante, por los otros parientes colaterales dentro del cuarto grado en los bienes llamados *troncales* de que hablaré luego separadamente.

Como general y fundadamente se pretende que en los Fueros provinciales se conservan, al menos parcialmente, las costumbres primitivas y legislacion española, y como el Fuero Juzgo pugna abiertamente en este punto con aquellos, me aventuro á repetir la conjetura de que he hecho uso para esplicar igual discordancia de los mismos Fueros sobre la absoluta libertad de los padres para disponer segun los primeros, y la enorme legítima de los hijos segun el segundo.

Tácito nos asegura (*número 20 de moribus Germaniæ*) que los padres no succedian á los hijos, y puede tenerse por seguro que con estas costumbres vinieron á España los diferentes pueblos *germanos* que hicieron su conquista.

El contacto y comercio con los Romanos que conservaron por largo tiempo el litoral del Mediterráneo, y el mucho mayor con los españoles conquistados que se regian por las leyes Romanas, modificó las costumbres y leyes de los conquistadores en muchos puntos, y uno de ellos seria el de la sucesion de los ascendientes en los bienes de los hijos.

Pero las tribus ó pueblos *Germanos* que se establecieron en el norte de España, lejos de todo comercio con los Romanos, inaccesibles al consiguiente progreso ó civilizacion, y mal avenidos, segun la historia, con la dominacion Goda, conservarian en este y otros puntos sus costumbres primitivas, y las trasladarian á los Fueros escritos que por primera vez vieron la luz durante la Restauracion.

De todos modos, yo no acierto á conciliar tanto favor á los padres en cuanto á poder disponer de sus bienes y tanto disfavor en la sucesion intestada de sus hijos.

Las razones arriba espuestas para mantener la sucesion legítima de los ascendientes en los bienes de los hijos, tal como se halla establecida por las leyes de Toro, conformes con el Fuero Juzgo y Real, y no con la modificacion Romana copiada en la ley de Partida, conservan la misma y aun mayor fuerza contra la esclusion absoluta que se halla en los Fueros provinciales. Solo me resta añadir la observacion siguiente; puesto que los padres van á perder la absoluta libertad de dispóner que hasta aqui han tenido por los Fueros, parece justo compensarles esta

pérdida con el señalamiento de legítima y el derecho de sucesion *ab intestato*.

He opinado contra la sucesion por líneas, cuando á falta de padres quedan abuelos paternos y maternos; tambien opino contra las leyes 6, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, y 10, título 6, libro 3 del Real, que para el mismo caso establecen el *paterna paternis, materna maternis*. Admitido esto para los abuelos, habrá de admitirse para los padres, y aun para los hermanos y demas colaterales, pudiendo muy bien suceder que un padre ó madre se llevase toda la herencia de su hijo y el otro quedase sin nada; pero ni el Derecho Romano, ni las leyes de Partida, ni las de Toro han admitido esta distincion, que por último nos conduciria á la troncalidad y contrariaria las reglas de toda sucesion intestada; á saber: la presunta voluntad del difunto, segun los vínculos de la sangre.

En la sucesion de los colaterales obran de lleno las reglas generales; *el pariente mas próximo escluye al mas remoto, los iguales en grado parten igualmente*.

Pero hay dos cosas muy dignas de atencion respecto de los hermanos y de sus hijos, á saber: *el doble vínculo y el derecho de representacion*.

A virtud del doble vínculo el hermano carnal ó de ambos lados escluye en la sucesion del hermano difunto al medio hermano ó que lo es solamente de un lado. Yo lo encuentro dispuesto así en el último Derecho Romano ó Novela 118, en la ley 5, título 2, y 4, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, en la 12, título 6, libro 3 del Real, en las 5 y 6, título 13, Partida 6; y en este sentido han fallado siempre los tribunales.

No se me oculta lo que en sentido contrario se ha escrito por algunos, y mas señaladamente por mi apreciabilísimo compañero de universidad el difunto don Manuel Silvela; pero ni sus raciocinios filosóficos ni su pompa de erudicion legal lograron prevalecer contra las leyes y práctica mencionadas.

En los Fueros, al menos en el de Navarra, regia la misma disposicion: «los hermanos que son de padre et de madre son mas cercanos que los hermanos que son de otro padre et de otra madre,» se dice en el capítulo 10, título 4, libro 2.

¿Habrá de continuar esta misma disposicion?

Los que opinan por ella alegan que la presuncion del amor ó cariño del hermano difunto es mayor hácia el hermano entero que hácia el medio hermano; los que opinan en contra niegan este supuesto y quieren que por lo menos los medio-hermanos sucedan con los enteros en los bienes que el difunto hubo del padre ó madre comun.

Pero esta distincion de bienes causaria embarazos y discordias, y se alejaria del espíritu ó regla general de las sucesiones, que es el presunto amor y voluntad del difunto; pudiendo ademas acontecer que unas veces el medio hermano se llevará tanto como el entero, y otras veces nada, segun la diversa procedencia de los bienes del hermano difunto.

Yo creo que puede adoptarse un término medio y equitativo. El medio hermano es tan cercano del difunto como el hermano entero; ambos á dos se hallan en un mismo grado, y segun la regla general de las sucesiones debian partir igualmente; ¿por qué, pues, dar todo al uno y nada al otro? La presuncion de la voluntad ó mayor cariño del difunto hácia su hermano entero puede ser muy problemática en este caso; y, ya que se quiera dar algo mas á la calidad de *doble vínculo*, se satisface dando *doble porcion* de la herencia al hermano entero, sin escluir totalmente al que lo es solo de un lado.

La injusticia parece mayor cuando un sobrino, que dista del difunto en tercer grado, escluye al medio hermano del mismo que solo dista dos.

La calidad preferente del *doble vínculo* solo tiene lugar en los hermanos y sobrinos, hijos de otro hermano premuerto, segun la ley 5, título 13, Partida 6, que lo tomó de la citada Novela de Justiniano; pero el Fuero Juzgo y el Real no la reconocieron sino en los hermanos; leyes 5, título 2, y 4, título 5, libro 4 del primero, y 12, título 6, libro 5 del segundo.

Esto era una consecuencia de no reconocer los tales Fueros á los sobrinos el derecho de representacion, como tampoco lo reconocia el Fuero de Navarra en su capítulo 10, título 4, libro 2.

El autor de este beneficio ó privilegio fué el mismo Justiniano; y nuestra ley de Partida le copió segun costumbre. Es, pues, de orígen puramente Romano; pero, atendido el amor natural entre hermanos que se trasmite á los hijos de los que ya han muerto, y se aumenta por la miserable condicion de huérfanos, ha parecido tan recomendable, que el Código Frances lo estiende á todos los descendientes.

Parece, por lo tanto, que no hay motivo para escluir el derecho de representacion en los sobrinos carnales, y que deben concurrir con sus tios en la sucesion del hermano de su padre ó madre, tomando la parte que cabria á estos, si vivieran.

Pero como, segun lo que yo propongo, la preferencia de los hermanos enteros sobre los de un solo lado se reduce á tomar doble parte, á esto habrá de reducirse tambien la de los sobrinos, hijos de hermano entero, en igualdad de caso.

Y como la ley de Partida concede tambien el derecho de representa-

cion á los hijos de los medios hermanos, será consiguiente que concurriendo con sus tios, hermanos enteros del difunto, ó con los hijos de los mismos, lleven la simple porcion que en mi sistema corresponderia á su padre ó madre, si viviera.

Se sucederá, pues, por derecho de representacion, ó *in stirpes*, aun cuando solo queden sobrinos, si estos son hijos de hermanos enteros y de medios; pero si los hubiese solamente de una clase, podrán suceder por personas ó *in capita*, segun lo establecen la ley 8, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, la 13, título 6, libro 3 del Real, y la 5, titulo 13, Partida 6.

Cuando el que muere no deja hermanos enteros ni hijos de estos, y sí solo medios hermanos de parte de padre y madre, suceden estos por lineas, llevándose los *consanguíneos* los bienes que vinieron al difunto por su padre, y los *uterinos* los que le vinieron por su madre: de los adquiridos por el mismo difunto se hacen dos mitades y se aplica una á cada linea, ley 6, título 13, Partida 6, 5, título 2, y 4, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; ley 12, título 6, libro 3 del Real.

Por la Novela 118 sucedian los medio-hermanos en este caso con absoluta igualdad, por personas ó *in capita*, y sin distincion ó diferencia alguna de bienes. Justiniano guardó consecuencia en esto, pues que por la misma Novela quitó las diferencias de *agnados* y *cognados*, y tomó por régla de las sucesiones intestadas la presunta voluntad ó cariño del difunto.

Es por tanto mas estraño el desvío de la ley de Partida. Tal vez procedió este de respeto al espíritu de troncalidad entrañado en todos los antiguos Fueros; tal vez (y esto es mas probable) fué un homenage á la opinion de los glosadores que hacia prevalecer en el foro esta distincion de bienes contra la terminante disposicion de la Novela.

Yo tengo por mas sencilla y conforme á las reglas generales de la sucesion la disposicion de la Novela. ¿Qué razon particular puede haber para hacer la tal distincion de bienes en el caso presente, y no en todos los demas colaterales? ¿Y por qué no se habia de hacer cuando sucedan los ascendientes, sobre todo hallándose establecida en el mismo Fuero Juzgo para el caso de suceder los abuelos?

La liquidacion y particion ha de ser mas complicada; habrá ademas una notable desigualdad; los bienes de una línea pueden ser mucho mas cuantiosos que los de la otra, y ser tambien mayor el número de hermanos consanguíneos ó al contrario: lo que causaria desigualdad aun en las mitades de los bienes adquiridos por el difunto; habiendo un solo hermano consanguíneo y cuatro *uterinos*, se llevaria aquel una mitad ó tanto como todos cuatro.

Nuestras leyes no admiten el derecho de representacion, ni dan

preferencia alguna al doble vínculo fuera de los hermanos y sus hijos: el colateral mas próximo en grado escluye á los mas distantes; los de un mismo grado suceden con igualdad; y yo no encuentro motivos para innovar esta parte de nuestra legislacion.

TRONCALIDAD.

La troncalidad de los bienes no es conocida en el Derecho Romano.

Las leyes 6, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, y 10, título 6, libro 3 del Real, al paso que admiten á los abuelos igualmente á suceder en los bienes del nieto, espresan que esto se entienda de los bienes adquiridos por el mismo, y luego establecen el *paterna paternis*, *materna maternis*, aunque sin usar de estas palabras.

Yo no encuentro sino este ligero vestigio de troncalidad en los citados Fueros para el solo caso de suceder los abuelos al nieto.

Pero es innegable que por otros Fueros, como el de Sepúlveda, se introdujo y prevaleció de lleno en las sucesiones intestadas el espíritu de troncalidad: lo mismo se lee en la ley 1, título 2, libro 5 del Fuero Viejo de Castilla, con la particularidad de que el Hidalgo mañero ó sin descendientes no podia disponer de mas que el quinto de sus bienes en su última enfermedad.

Las leyes de Partida siguieron la sencillez del Derecho Romano, y no distinguieron de bienes sino en el caso de quedar solos hermanos *consanguíneos* y *uterinos*; escepcion ó aberracion de la que he hablado arriba.

La ley 6 de Toro (1, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion), tampoco admite por punto ó regla general la troncalidad; pero la deja subsistente donde ya regia, «salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el Fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.»

La troncalidad, pues, es una escepcion en la Corona de Castilla; pero en las provincias de Fueros, al menos en Aragon y Navarra, es el derecho comun y único: en Aragon el hermano *uterino* sucede por esta razon con el *entero* en los bienes maternos del hermano premuerto.

Téngase presente que la troncalidad solo rige en las sucesiones intestadas; asi lo afirma Gomez respecto de Castilla en sus Comentarios á la citada ley 6 de Toro, y es constante en Aragon y Navarra. Ademas no se atendia á esta calidad sino dentro del cuarto grado, segun computacion civil, del abuelo al primo hermano; hablo de Navarra.

La troncalidad, como el retracto y la doble porcion que en ciertos casos gozaba por algunos Fueros el hermano mayor sobre los otros hermanos, tendia á la conservacion de los bienes inmuebles en la familia;

espíritu loable en su causa y objeto, que, exagerado por la vanidad, vino al fin á parar en la institucion de los mayorazgos.

Pero cada siglo tiene sus manias y preocupaciones; hubo un tiempo de concentracion y estancamiento; hoy se está por la movilidad y libre circulacion; la propiedad territorial, única entonces, debe correr hoy la suerte de la industrial y comercial tan prodigiosamente acrecentadas.

Por otra parte, la troncalidad no llenaba cumplidamente su objeto, porque el poseedor de los bienes troncales podia disponer libremente de ellos por acto entre vivos, como por última voluntad.

¿Y á cuantas dudas y pleitos no daba origen esta disposicion, asi como la parecida á ella sobre retractos? ¿Estendíase mas allá del cuarto grado civil? ¿Perdíase aquella calidad, ó lo que es lo mismo la de patrimonio ó abolengo, en las cosas que pasaban de padres á hijos por título oneroso, y debia de reputarse tal la causa de matrimonio?

Mi opinion es que debe desaparecer la troncalidad, y que no se suceda diversamente á una misma persona segun la diversidad de sus bienes: *quod unius duo patrimonia esse non videantur*, dice oportunamente la ley Romana.

En la sucesion intestada la ley dispone por el hombre que no ha esplicado su voluntad; la ley la busca y presume, no en el origen de los bienes, sino en los afectos ó vínculos de la sangre, segun la mayor cercanía de parentesco: el difunto podia disponer libremente de los bienes; la ley, que se pone en su lugar, no debe ver sino bienes libres del difunto y aplicarlos por la regla mencionada.

Hasta qué grado se estiende el derecho de suceder.

Escuso decir que en esta materia rije la computacion civil, que da tantos grados como generaciones, descontando la del tronco comun.

El Fuero Juzgo reconocia el derecho de suceder hasta el séptimo grado inclusive, ley 7, título 1, y 11, título 2, libro 4: la ley 6, título 13, Partida 6, lo estendia hasta el décimo.

Pero hoy dia está restringido al cuarto por decretos que llevan descaradamente el sello de la fiscalidad; aunque hallamos rastro de lo mismo en la ley 3, título 20, libro 10, Recopilacion.

El decreto de las Córtes de 16 de mayo de 1835 ha levantado este odioso fallo, pues, á falta de parientes dentro del cuarto grado, llama á la sucesion con preferencia al Fisco ó Estado, 1.° á los hijos naturales; 2.° al cónyuge sobreviviente; 3.° á los colaterales desde el quinto al décimo grado inclusive.

De todos modos, la Seccion tiene que ocuparse de este punto y fijar los grados de sucesibilidad; el Código Frances los ensancha hasta el duodécimo para escluir al Estado.

Lo dispuesto en el decreto de Córtes sobre hijos naturales y el cónyuge no deberá tenerse en cuenta para fijar el grado; porque es regular que se mejore en este Código la suerte de los primeros, y la Seccion, al tratarse de legítimas, ha hecho ya entrever sus intenciones de beneficiar al segundo en las sucesiones intestadas.

HIJOS Y DESCENDIENTES FUERA DE MATRIMONIO.

Doy por supuesto que en el nuevo Código los legitimados por subsiguiente matrimonio serán reputados como legítimos, como lo son en todas las legislaciones.

De los legitimados por rescripto del Príncipe, que hoy dia siguen en derecho á los anteriores, nada me atrevo á aventurar, pues todavia no sabemos si se admitirá la tal legitimacion que podrá ser innecesaria, segun la que se establezca acerca de los naturales.

Lo mismo digo de estos últimos.

El Fuero Juzgo no habla de hijos naturales en materia de sucesiones; la ley 5, título 6, libro 3, y la 7, título 24, libro 4 del Real, exigen formal reconocimiento de parte del padre para que sean habidos por tales, y en este caso los llama á su herencia ó sucesion faltando descendientes legítimos; pero no rige esta disposicion.

La ley 11, título 13, Partida 6, copió literalmente el Derecho Romano; llamó á los naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de su madre; pero está corregida por la 9 de Toro. En la sucesion del padre, la ley 8, del dicho título 13, les daba, á falta de descendientes legítimos, una sesta parte, que debian partir con su madre: esta disposicion no ha sido corregida, y, sin embargo, los tribunales dudan si hoy deberá ser la quinta.

Ultimamente, la ley 9 de Toro (5, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion) hace á los hijos naturales en falta de descendientes legítimos herederos forzosos de sus madres, y, segun los autores, de los abuelos maternos.

Á toda esta algaravía se agrega la contradiccion que envuelve la ley 10 de Toro (6 de dicho título 20); y, lo que todavia es peor, la incertidumbre sobre cuál se entienda por hijo natural; la ley 13 de Toro (2, título 5, libro 10) se dió para aclarar dudas nacidas de las leyes de Partida, y luego nacieron otras sobre la misma, que no especifico por ser demasiado conocidas.

Es, pues, preciso fijar ante todo las calidades ó requisitos del hijo natural, y segun se fijen podrán dárseles mayores derechos, pues los que ahora tienen en la sucesion del padre son bien mezquinos.

Los adulterinos, incestuosos y sacrílegos, deben ser escluidos de la

sucesion por honor á la moral pública y á la santidad del matrimonio; comprendo á los sacrílegos, porque nuestro Código ha de reconocer como impedimento dirimente el canónico del órden sacro y voto solemne de castidad.

Tampoco hablo de los derechos de los hijos adoptivos: es preciso antes fijar las reglas de la adopcion; mas parece que deben ser pospuestos á los legítimos y naturales; la ficcion no puede tener tanta fuerza como la realidad.

SUCESION INTESTADA DE LOS CÓNYUGES.

La Seccion ha reconocido la necesidad ó conveniencia de mejorar la suerte del viudo ó viuda descuidada enteramente por la actual legislacion y práctica de Castilla, pero no ha podido convenir en el escesivo favor que les dispensan los fueros municipales.

En Navarra el viudo ó viuda tiene por Fuero el usufructo de todos los bienes libres dejados por el difunto: en Aragon lo tiene hasta de los vinculados.

Separar tan frecuentemente y por tan largo tiempo el usufructo de la propiedad es un error y un mal en economía.

La moral y la felicidad de los matrimonios perdian ó podian tambien perder en esto: lo que se debe esclusivamente á la ley no se agradece al hombre, y no quedaba estímulo para merecer por el cariño y solicitud lo que en ningun caso podia ser arrancado: por otro lado toda deuda es pesada y odiosa al deudor.

Aunque nacido en una provincia de Fueros y obligado por mi primer destino á defender sus leyes, jamas he podido conciliar la absoluta libertad del padre para desheredar á un hijo inocente con la imposibilidad del marido para privar del usufructo á una muger que hubiera sido el baldon ó amargura de toda su vida: lo mismo digo de la muger respecto de su marido tirano ó disipado.

Agregábanse á esto otros inconvenientes; los hijos, por lo menos los varones, quedaban reducidos á simples alimentos, y con muy pocas esperanzas de establecer ó colocarse competentemente: las esperanzas eran ningunas para los hijos de primer matrimonio cuando el usufructo correspondia á su padrastro ó madrastra, porque ha de tenerse entendido que este beneficio alcanzaba al último viudo ó viuda de segundas ó ulteriores nupcias, como al viudo ó viuda de las primeras.

Por todas estas consideraciones, la Seccion del Código civil, á pesar de sus buenos deseos y consideraciones en favor del viudo ó viuda, ha creido que no debia admitir para Castilla, ni dejar subsistir en otras provincias, el usufructo foral, que venia á ser una especie de legítima ó herencia forzosa del cónyuge sobreviviente.

Pero piensa introducir algunas modificaciones ó novedades que serán muy bien recibidas en Castilla, y templarán en las provincias de Fueros la pérdida de un usufructo reprobado por la moral y la economia.

La Seccion piensa en autorizar al padre ó madre para dejar á su consorte alguna mayor parte ó cantidad que la que pueda dejar á un estraño, cuando quedan herederos forzosos.

Piensa igualmente en autorizar para que en las capitulaciones matrimoniales se pacte que el cónyuge sobreviviente haya de tener el usufructo en alguna parte de los bienes del premuerto; y de esperar es que, una vez concedida esta autorizacion, llegará á ser como formulario en todos los contratos; ya porque se otorguen en momentos de cariño, y ya por la reciprocidad del beneficio.

Guiada del mismo loable espíritu, la Seccion ha previsto el caso muy posible de morir un cónyuge intestado, y ha creido muy político y humano interpretar su voluntad en favor del compañero ó compañera de toda su vida por un vínculo indisoluble. Esta presuncion es política porque realza el honor y santidad del matrimonio: es tambien humana, porque impide que el viudo ó viuda pase repentinamente del bienestar á la mendicidad: es ademas muy racional, porque la razon se resiste á creer que haya querido el premuerto que todos sus bienes pasen á otras manos, quedando tal vez sumido en la indigencia el partícipe de sus goces y comodidades, el que formó con él una misma carne.

Estas consideraciones son mas fuertes cuando no quedan descendientes legítimos: pero aun en este caso, ¿habrá de ponerse al padre ó á la madre pobre en la triste necesidad y dependencia de mendigar los alimentos de los hijos? ¿Y lo que se dé al viudo ó viuda, será otra cosa, en los mas de los casos, que un depósito y tal vez un préstamo á interes, que volverá muy pronto á los mismos hijos?

La cuarta marital que la ley 7, título 13, Partida 6, ha tomado del Derecho Romano, no podia llenar los deseos y fines de la Seccion: la ley habla solamente de la viuda exigiendo que sea pobre; y su completo no uso es la mejor prueba de su inconveniencia.

Mas racional ó mejor combinada parece la ley del título 2, libro 4 del Fuero Juzgo que es la 14 en el original latino y 15 en la version castellana: la madre viuda percibe, pero solo en usufructo, una parte igual á la de cada uno de los hijos; pero lo pierde si pasa á segundo matrimonio.

Esta ley no distinguia entre viuda pobre y rica; distincion vergonzosa que daria en todos los casos pábulo á pleitos escandalosos, y haria en muchos de ellos ilusorio su beneficio.

Pero como la Seccion se gobierna en esta materia por consideracio-

nes mas elevadas y comunes á los dos cónyuges, podria adoptarse para ambos á dos.

Para el caso de no quedar descendientes, podria darse al cónyuge sobreviviente la propiedad en la parte igual que percibiera con los otros herederos legítimos, á menos que parezca mejor limitarla tambien al usufructo, cuando queden ascendientes.

Ultimamente, para completar esta materia conviene fijar los grados de sucesibilidad, y cuando el conyuge sobreviviente ha de ser llamado por entero á la sucesion del difunto.

El Fuero Juzgo fijaba la sucesibilidad en el séptimo grado, segun computacion civil, y despues llamaba recíprocamente á los cónyuges, leyes 7, título 1 y 11, título 2, libro 4. La ley 6, título 13, Partida 6, la fija en él décimo y llama luego á los cónyuges.

La legislacion actual, incluso el decreto de las Cortes de 16 de mayo de 1835, la fija en el cuarto grado: despues llama á los hijos naturales, luego á los cónyuges, luego á los parientes desde el quinto al décimo grado inclusive, luego al Estado.

Y aunque la restriccion al cuarto grado parezca una innovacion dictada por el espíritu fiscal, yo encuentro que en la ley 3, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion (que es de los Reyes Católicos), se da por supuesto y vigente lo mismo, sin que aparezca ley anterior que asi lo establezca.

El cónyuge divorciado, y que dió justa causa al divorcio, deberá ser privado de todos estos beneficios.

La Comision general desechó la base de la Seccion y acordó que los cónyuges gozasen reciprocamente de legítima (sin fijar la cuota y cantidad), bien fuese pobre ó rico el viudo ó viuda: Sesion de 17 de diciembre de 1843.

BIENES RESERVADOS.

Si la viuda pasa á segundas bodas, quedan en salvo á los hijos del primer matrimonio las arras y donaciones que le hubiese dado su difunto marido: libro 26, título 13, Partida 5.

«Si la muger oviere fijos de dos maridos, ó de mas, cada uno de los fijos herede las arras que dió su padre; de guisa que los fijos de un padre no partan en las arras que dió el padre de los otros;» ley 1, título 2, libro 3 del Fuero Real, tomada de la 2, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo.

El marido y la muger pueden disponer libremente de los gananciales, aunque casen segunda ó tercera vez y haya hijos de los tales matrimonios ó de alguno de ellos, en que se hicieron las ganancias, ley 14 de Toro, ó 6, título 4, libro 10, Recopilacion.

Lo dispuesto de las mugeres binubas sobre reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que recibieron del primer marido ó *heredaron de los hijos del primer matrimonio*, se entienda del padre binubo, ley 15 de Toro, ó 7, título 4, libro 10, Novísima Recopilacion.

La necesidad legal del viudo ó viuda binubos para reservar ciertos bienes á sus hijos de primer matrimonio no fué conocida hasta el tercer periodo ó época del Derecho Romano, segun se echa de ver en el título 9, libro 5 del Código: Justiniano esplicó y amplificó esta materia en sus Novelas 2 y 22.

El lenguaje del título citado contra las segundas bodas es de odio y de reprobacion: de aqui las penas establecidas contra las mismas. Las mas graves eran contra la viuda que casaba dentro del año siguiente á la muerte de su marido; la pérdida de la tutela de sus hijos, cuando quiera que casase; y contra el viudo ó viuda binubos, la necesidad de reservar para los hijos del primer matrimonio todo lo recibido del cónyuge premuerto por cualquier título, y lo heredado de alguno de los hijos por sucesion intestada: de aqui tambien la prohibicion de dejar al segundo cónyuge mas de lo dejado al menos favorecido de los hijos del primer matrimonio.

A escepcion de esta última pena ó prohibicion, todas las otras pasaron con ligeras diferencias á nuestros primeros Códigos. Esta escepcion ó silencio, que se advierte ya en el Fuero Juzgo, procedió sin duda de haberse fijado en el mismo por legítima de los hijos los cuatro quintos de los bienes paternos; y con esto cesaba el temor de que el segundo cónyuge fuese mas favorecido, caso muy posible entre los romanos por la pequeñez de la legítima.

Pero en las provincias de Fueros donde por la absoluta libertad de los padres para disponer de todo lo suyo, aun á favor de estraños, era todavia mayor y mas fundado el temor que entre los romanos, se llevó tambien mas allá la precaucion estendiendo á los hijos de segundo matrimonio la prohibicion ó limitacion que en aquel derecho obraba únicamente contra el segundo cónyuge; yo puedo atestiguarlo asi por lo respectivo á la legislacion Navarra.

La pérdida de la tutela de los hijos por pasar la madre viuda á segundo matrimonio se encuentra en todos nuestros Códigos desde el Fuero Juzgo; y está vigente en la práctica. La ley 1, título 2, libro 5 del mismo Código, la 3, título 12, Partida 4, y la 4, título 3, Partida 6, establecen penas contra la viuda que se casare dentro del año de luto; y, aunque derogadas por la 4, título 2, libro 10, Novísima Recopilacion, nosotros debemos pensar sériamente si convendrá renovarlas, ó sustituirlas por otras análogas, limitando el año á los diez meses señalados

en la ley 4, título 23, Partida 4, como el término mas largo para que se reputen por legítimos los hijos nacidos despues de la muerte de su padre: el decoro y la moral aconsejan por sí solos alguna restriccion; el buen órden y el estado legítimo de las familias parecen reclamarla imperiosamente para impedir *ne semen á sanguis commisceatur*, como decian los romanos, y la consiguiente perturbacion del estado y derechos de la verdadera filiacion.

Me he permitido esta digresion sobre las otras penas ó restricciones de los segundos matrimonios por la afinidad que tienen con la reserva, pues que todas reconocen un mismo orígen; y porque, siendo esta la primera ocasion oportuna para hablar de los tales matrimonios, convenia recordar toda la legislacion existente sobre los mismos, sin perjuicio de aplicarla en los respectivos títulos y materias, ó tal cual están, ó con las modificaciones que se estimen provechosas: vuelvo, pues, á la reserva.

La primera cuestion que ocurre es si convendrá conservarla.

El Código Frances no la admite: pero contra esta autoridad tenemos la del Romano, y la de todos los Códigos españoles, desde el Fuero Juzgo hasta las leyes de Toro; es decir, que está encarnada en la opinion, en los hábitos y derechos de todos los españoles desde el orígen de la Monarquía, sin que (al menos en cuanto es á mi noticia) se haya movido crítica ni reclamacion de escritor alguno contra ella.

Esta sola consideracion bastaria á decidirnos para mantener la reserva, «porque en las cosas que se facen de nuevo, debe ser catado en cierto la pro dellas ante que se parta de las otras, que fueron antiguamente tenidas por buenas é por derechas (ley 37, título 34, Partida 7): é porque el facer es muy grave cosa y el desfacer muy ligera, por ende el desatar de las leyes é tollerlas del todo que non valan, no se deve facer sino con gran consejo;» (ley 18, título 1, Partida 1.)

Pero, dejando á un lado esta respetable consideracion y remontando hasta el orígen y motivo de la reserva, yo la encuentro decorosa, política y equitativa.

Los segundos matrimonios han parecido por punto general poco loables, asi en la legislacion civil como en la eclesiástica; sobre todo cuando han quedado hijos del primero: *honestam fornicationem*, los llamaron algunos santos Padres; y los legisladores los han considerado siempre como funestos á los hijos que pasaron ya por la desgracia de perder á su padre ó madre.

El estremado amor de las mugeres por sus segundos maridos, la autoridad y ascendiente natural de estos sobre aquellas, el no menos peligroso é irresistible, aunque mas encubierto, de los halagos de la madrastra, han dado por una triste y constante esperiencia resultados

muy amargos para los desdichados hijos de los primeros matrimonios.

El legislador ha debido venir en socorro de los desamparados y postergados; y este es el fin de la reserva: sin esto los bienes familiares pasarian siempre á los hermanastros, y aun al padrastro ó madrastra, segun la mayor ó menor latitud de disponer.

Por otra parte, el segundo matrimonio envuelve cierta injuria y olvido del cónyuge premuerto: lo donado ó dejado por este debe presumirse que lo fué con la tácita condicion de no repetir matrimonio, ó por lo menos de que, repitiéndolo, hubiera de reservarse para los hijos del donador ó testador; porque lo natural y razonable es que cada uno prefiera su propia sangre á la agena, y mucho mas cuando esta procede de un tálamo ultrajado.

La reserva de lo heredado por el padre ó madre binubos en la sucesion intestada de uno de los hijos de primer matrimonio tiene á su favor, ya que no todas, las mas poderosas de las consideraciones que dejo espuestas; y por esto mismo no es tan general y absoluta como la primera.

Opino por lo tanto que en el nuevo Código debe mantenerse la reserva, aclarando y fijando lo que en ella hay de oscuro é incierto ó arbitrario.

Las leyes del Fuero Juzgo y Real, citadas en cabeza de este escrito, solo sujetaban á reserva las arras; la de Partida añadió donaciones.

Convenian, pues, todas tres en hablar únicamente de la viuda, no del viudo; en no sujetar á reserva lo dejado por el marido en última voluntad, ni lo heredado de uno de los hijos del primer matrimonio.

Pero como la reserva traia su origen del Derecho Romano, y como la autoridad de sus intérpretes llegase á ser tanta en nuestros tribunales para la decision de los pleitos que en falta de la otra debia tenerse por tal, segun lo ordenado por los mismos Reyes Católicos en la pragmática de Madrid de 1599, aconteció sin duda que las disposiciones del Derecho Romano sobre la reserva, mucho mas ámplias y esplícitas que las de los Fueros y Partidas, prevalecieron en el foro y tuvieron fuerza de leyes en la práctica.

Asi únicamente puede esplicarse cómo la ley 15 de Toro (7, título 4, libro 10, Novísima Recopilacion) dé por supuesto que las mugeres binubas hubiesen de reservar la propiedad de lo que recibieron del primer marido, ó heredaron de los hijos del primer matrimonio, pues yo no encuentro ley alguna anterior que lo ordenase.

Parece, no obstante, que se dudaba si la reserva deberia comprender la mitad de las ganancias hechas en el primer matrimonio y desconocidas en el Derecho Romano: la ley 14 de Toro declaró que no.

Dudábase tambien si la necesidad de la reserva, impuesta únicamen-

te á la viuda por los Fueros y Partida, deberia alcanzar al viudo binubo; este punto no era dudoso en Derecho Romano; y, con arreglo á él, se declaró en la ley 15, que sí: todos saben que las leyes de Toro se dieron para aclarar dudas de otras leyes anteriores, y principalmente de las de Partidas. Tenemos, pues, decididos y fijos los tres puntos en nuestra actual legislacion:

1.° El padre ó madre binubos han de reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que recibieron del cónyuge premuerto, ó *heredaron* de los hijos del primer matrimonio.

2.° La reserva no comprende la mitad de los gananciales del primer matrimonio.

3.° Lo dispuesto sobre reserva para los segundos matrimonios rige en los terceros y ulteriores; pero hay otros muchos casos que no están previstos por nuestras leyes, como lo estaban en su mayor parte por las Romanas; y aunque nuestro Antonio Gomez los resuelve con arreglo á estas, y sus decisiones sean las corrientes en la escuela y en el foro, con todo, el nuevo Código no puede dejar abandonada á simples opiniones una materia de tanto uso é importancia: recorreré los casos, y diré inmediatamente lo que sobre cada uno de ellos entienda.

4.° La reserva debe comprender la propiedad de todo lo que el cónyuge binubo hubo ó recibió del premuerto por cualquier título, y aunque lo hubiese por beneficio ó disposicion de la ley.

De este modo se escluye la opinion de Covarrubias y otros, que esceptúan de la reserva lo recibido de un viejo ó plebeyo como premio de la virginidad ó nobleza perdidas.

Otros, fundándose en el Derecho Romano, quieren esceptuar lo recibido por el solo beneficio de la ley, y en ello dan una insigne prueba de inconsecuencia, pues luego limitan la reserva de lo habido del hijo precisamente al caso de sucesion intestada, que es un favor ó beneficio de la ley.

Convendrá mucho mas esta especificacion, si en el nuevo Código se da al viudo ó viuda alguna parte en la sucesion del cónyuge difunto.

5.° *Lo que recibió la muger de los parientes del marido por contemplacion de este; ó al contrario, ¿estará comprendido en la reserva?*

Algunos opinan que no; porque los tales bienes nunca fueron del marido, y porque, siendo la reserva una disposicion penal y odiosa, debe restringirse.

Antonio Gomez opina que sí; y yo encuentro esto muy conforme á los motivos y objeto de la reserva.

6.° Respecto de los bienes procedentes de uno de los hijos del primer matrimonio, solo quedaban por Derecho Romano sujetos á reserva los que el padre ó madre binubos hubieron por sucesion intestada; y no

todos los bienes, sino los que el mismo hijo habia habido de su difunto padre ó madre: Antonio Gomez quiere que haya de ser lo mismo entre nosotros, y ninguno le contradice.

La ley 15 de Toro, de paso, y dando por supuesta esta reserva, usa de la palabra «heredaron« que asi puede cuadrar á la sucesion testamentaria como á la intestada; yo creo, sin embargo, que quiso significar la segunda, porque se referia á la práctica introducida por los comentaristas del Derecho Romano.

Pero hoy no se trata del derecho constituido, sino de cuál deba constituirse.

En este supuesto, digo que la razon de diferencia entre uno y otro caso no satisface enteramente.

Dícese que el padre ó madre instituidos herederos en el testamento del hijo perciben, no como tales, sino como otro cualquier estraño.

Mas el hijo testador no podia privarles de su legítima, y de esta son deudores al beneficio ó disposicion de la ley, como lo son de todos los bienes en el caso de sucesion intestada.

Cualquier partido que se adopte, siguiendo el espíritu del Derecho Romano, ha de ser embarazoso: yo tengo por mas sencilla la ley 48 de las Córtes de Navarra de 1766, en cuyo artículo 5 se sujetan á reserva todos los bienes adquiridos de uno de los hijos del primer matrimonio *por donacion, testamento, legado ó de otra cualquiera forma:* de esta regla general solo esceptuaria lo donado ó dejado sin condicion por el hijo al padre ó madre, ya binubos al hacerse la donacion ó testamento; y aun en este caso la escepcion no alcanzaria á la rigorosa legítima.

7.° Por el último Derecho Romano el padre ó madre binubos no podian disponer de los bienes sujetos á reserva, aun en favor de los hijos de primer matrimonio, sino que estos sucedian por partes iguales en ellos.

Yo tengo por mas moral que puedan disponer; y no se falta por esto á los casos y fines de la reserva, que han sido favorecer á los hijos del primero y á sus descendientes.

8.° La necesidad de la reserva obrará á favor de los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, pero no á favor de los herederos estraños de los mismos: (la razon es igual á favor de los descendientes, y en su linea tiene siempre lugar el derecho de representacion).

9.° La reserva debe cesar siempre que falten ó mueran los hijos de primer matrimonio y sus descendientes legítimos, pues en favor de ellos ha sido únicamente introducida: (asi era en Derecho Romano).

10 Pero no cesará aunque el binubo haya vuelto á enviudar y no le queden hijos de su segundo matrimonio.

(Este caso no se halla decidido en el Derecho Romano; pero los autores que asi opinan, despues de otras razones, alegan el ejemplo

de que por las circunstancias espresadas no recobra la madre la tutela legítima que perdió contrayendo segundo matrimonio).

11. La enagenacion que de los bienes sujetos á reserva hayan hecho el padre ó madre binubos, subsistirá si al fallecer aquellos no quedan hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio. (La razon es la misma que se ha dado anteriormente).

12. No está decidido, ni aun previsto en derecho, si debe cesar la reserva cuando el cónyuge difunto autorizó al sobreviviente para contraer segundo matrimonio, ó se contrajo con aprobacion de los hijos.

Gomez sostiene la afirmativa en ambos casos, porque en el primero no se hace injuria al marido, y en el segundo se entiende que los hijos renuncian á su beneficio.

Otros están por la negativa en el primer caso, porque el principal fin de la reserva fué favorecer á los hijos, no vengar la injuria del padre; y para el segundo requieren renuncia espresa de los hijos á la reserva, pues que pueden aprobar el segundo matrimonio por simples consideraciones de respeto. Yo tengo por mas razonable esta opinion. (El primer caso se halla sancionado en la ley Navarra).

13. Es tambien muy cuestionable, si ha lugar la reserva, cuando la viuda, sin casarse, vive lujuriosamente.

Gomez, número 16, á la ley 15 de Toro, limitando la cuestion á los bienes que aquella hubo de uno de los hijos de primer matrimonio, sostiene que no, aunque admite la pérdida absoluta de lo percibido del marido, apoyándose en leyes Romanas y en las Patrias; última, título 4, libro 4 del Ordenamiento; 9, título 12, libro 3 del Fuero Real, y 5, título 12, Partida 4: la 5 Recopilada, título 4, libro 10, declara tambien la pérdida de su mitad de gananciales contra la viuda lujuriosa.

Otros, como el Voet, Antonio Matheus, y Acebedo, están por la reserva, suponiendo que la viuda haya tenido prole: me parece mejor la opinion de Gomez: si no hubo prole, cesa el temor de sugestiones, violencias y predilecciones: si hubo, nunca podrá dejarle mas del quinto, como á cualquier estraño.

14. Ultimamente, convendrá proveer á la seguridad de los bienes sujetos á reserva, al menos de los muebles, por inventario, justiprecio y fianza, como lo ordenaba la ley 6, título 9, libro 5 del Código Romano.

La Comision general en su sesion del 15 de diciembre de 1843 aprobó la base de la Seccion, sujetando á reserva todo lo que el cónyuge binubo hubiese recibido del cónyuge premuerto: la Seccion, conforme con mi dictámen, proponia lo mismo respecto de los bienes habidos de uno de los hijos de primer matrimonio; pero retiró esta parte á propuesta del señor Seijas, hasta ver si se adoptaba mi medida sobre la sucesion de los hermanos germanos y medios al hermano germano.

Número 11 (1)

VIUDO Y VIUDA.

NOTA: «Cuando presenté las observaciones de este apéndice, se hallaba adoptada por la Comision general, como base, la legítima ó concepto de herederos forzosos del viudo ó viuda, aun en concurso de hijos y descendientes del consorte difunto.»

Antes de articular esta seccion (la IV, capítulo 11, título 1, libro 3), conviene recapitular la legislacion nacional y estranjera sobre este punto, y los antecedentes que han mediado en la Seccion y Comision.

En mi Memoria separada sobre sucesiones intestadas (apéndice número 10), traté este punto bajo todos sus aspectos, legal, moral y filosófico. Propuse á la Seccion varios medios para mejorar la suerte del viudo ó viuda en capitulaciones matrimoniales, de autorizarlos para que, aun teniendo herederos forzosos, pudieran dejarse mayor parte de la disponible á favor de estraños; y últimamente, que en la sucesion intestada tuvieran alguna parte en usufructo, si quedaban descendientes; en propiedad, cuando no los hubiera.

La Seccion acogió todas mis indicaciones; pero la Comision general las echó por tierra, y llenó de embarazos y confusion el nuevo Código, acordando en su sesion de 17 de diciembre de 1843 que los cónyuges fueran entre sí, y en todo caso, herederos forzosos (sin fijar la cuota ó cantidad); pero que no escluyeran á los hermanos del difunto: atrevida y aventurada innovacion sobre todos los Códigos *conocidos*, menos el Fuero del Baylio, mandado observar por la ley 12, título 4, libro 10 de la Novísima Recopilacion.

Paso á recorrerlos. Entre los Romanos, á falta de colaterales (y no se pierda de vista que, segun la opinion mas fundada, el derecho de heredar no estaba limitado al décimo grado) el cónyuge vivo heredaba al premuerto con preferencia al Fisco por el edicto Pretorio *unde vir et uxor*; título 11, libro 38 del Digesto.

Justiniano (aunque esclavo coronado de su muger Eudoxia) limitó su complacencia y galanteria para con el bello sexo á los términos de la Novela 117: la viuda pobre é indotada, cuando la quedaban tres ó menos hijos, tenia el usufructo en la cuarta parte de los bienes del

(1) Al artículo 773.

marido; si los hijos eran cuatro ó mas, el usufructo se reducia á la parte viril ó igual á la de cada uno de ellos; faltando hijos y descendientes, la viuda sucedia en la propiedad de la cuarta parte, aunque quedasen ascendientes y hermanos: el viudo pobre no gozaba de este beneficio, pues en la citada Novela se derogó la 53 que se lo concedia.

Por la Constitucion 22 del Emperador Leon el viudo ó viuda con hijos, que no repite matrimonio, hereda con ellos al cónyuge difunto en una parte viril y en propiedad.

La ley 7, título 13, Partida 6, copió la Novela 117, pero no tan literal ó servilmente como de costumbre: *la viuda pobre é indotada sucede al marido,* (magüer haya fijos) *en la plena propiedad de la cuarta parte de los bienes, sin que esta pueda esceder del valor de cien libras de oro:* omito las mil y mil cuestiones suscitadas en esta materia por los intérpretes, las dudas de los jurisconsultos, la variedad y contradicciones de los tribunales sobre la observancia de la ley.

Los Godos, como todos los pueblos de orígen Germánico, se mostraron mas galantes y obsequiosos: prueba de ello son la ley 6, título 1 (acerca de las dotes), libro 3, y la 16, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, en que encontramos el primer bosquejo de la sociedad conyugal de gananciales.

Sin embargo, en la materia de sucesiones fueron mas parcos y circunspectos que los Romanos, ó por lo menos no tan esplícitos: en la ley 11, del mencionado título 2, libro 4, adoptaron el edicto Pretorio *unde vir et uxor*: en la 14, segun el original latino, y 15 en la version castellana, se dispuso que la madre viuda percibiera solamente en usufructo una parte igual á la de cada uno de los hijos, y lo perdiese pasando á segundo matrimonio.

Yo infiero que la viuda tendria por lo menos igual parte de usufructo, faltando hijos, que, segun la ley 20 del mismo título 2, eran los únicos herederos forzosos, pues los padres no lo eran.

El no favorecer mas á la viuda en la sucesion ó bienes del marido tal vez provendria de que no podia haber matrimonio sin dote, que esta habia de ser constituida por el novio ó padre de este, y que se hacia á la desposada, leyes 1, 4, 6 y 10, del título 1, libro 3.

El Fuero Real en su libro 3, título 6, ley 6, dispone que los cónyuges hereden entre sí el lecho cotidiano; y en la 9 que valga la *hermandad* que hicieren, si no quedan hijos: en el título 2, libro 3, se lee, acerca de las arras ó dotes, lo mismo que en el Fuero Juzgo, pero se entrevee que el darlas procedia ya entonces mas de costumbre que del rigor legal establecido en dicho Fuero Juzgo.

Resulta, pues, que el Fuero Juzgo habia adoptado el edicto Romano *unde vir et uxor*, á falta de parientes sucesibles dentro del séptimo

grado civil, y que tambien lo adoptó la ley de Partida á falta de parientes dentro del décimo; pero la ley de las Córtes de 16 de mayo de 1835 fué mas favorable á los cónyuges, ordenando que estos se sucedan en falta de parientes de cuarto grado y de hijos naturales del difunto: pequeño beneficio por cierto, pues que este caso debe ser rarísimo.

El segundo beneficio del Derecho Romano y de la ley de Partida nunca alcanzó al viudo, ni aun á la viuda, sino en el caso de ser pobre é indotada; y aunque generalmente la condicion de esta en igualdad de circunstancias sea mas miserable que la del viudo, hay poca elevacion de miras en ambas legislaciones, pues que únicamente prestan su atencion á la necesidad material y en un solo caso, cuando debian regirse por consideraciones de un órden superior y de mayor nobleza, tales como la dignidad é indisolubilidad del matrimonio, y el grande interes social en promoverlo y recompensarlo.

Como quiera, el Derecho Romano limitando la cuarta al usufructo en el caso de quedar hijos, y disminuyéndola cuando eran mas de tres, estaba mejor combinado que la ley de Partida concediendo indistintamente la propiedad de la cuarta en todos los casos.

Esta propiedad era una verdadera y rigorosa legítima de la viuda pobre é indotada, pues le competia aun contra el testamento del marido; pero he indicado ya que este beneficio ha llegado á ser poco menos que ilusorio en la práctica.

La ley 12, título 4, libro 10, Novísima Recopilacion, manda observar el fuero denominado del Baylio en la comarca que espresa, y para la que fué dado señaladamente. Segun él, todos los bienes que los casados llevan al matrimonio ó adquieren por cualquiera razon, se comunican y sujetan á particion como gananciales.

Este fuero, que parecerá á muchos exorbitante, es á mis ojos mas justo que la sociedad actual de gananciales, pues generalmente se hacen estos con la industria y trabajo del marido: en lo que viene por herencia, donacion, etc., no hay industria, ni trabajo; la suerte puede favorecer á la muger tanto como al marido.

El fuero es mas conforme á la idea y naturaleza del matrimonio: *divini et humani juris comunicatio*: donde todo es comun, ¿por qué no lo han de ser los bienes?

Ademas, serian mas sencillas las particiones, y no se veria precisado el legislador á ocuparse en la suerte ulterior del viudo ó viuda, pobre ó rico.

Resultado, que en Castilla (fuera del Baylio) era miserabilísima la condicion de la viudez.

En Cataluña, por uno de sus *usages*, la viuda que vivia honesta y

castamente, hacia suyos los frutos de los bienes del marido con la obligacion de alimentar á los hijos; pero en 1351 se estableció, que la viuda, muerto el marido, se entienda poseer los bienes de este, y en todo el año del luto se le provea de ellos con todas las cosas necesarias á su vida: pasado el año, haga suyos los frutos hasta que sea enteramente satisfecha de su dote y esponsalicio::: Sin embargo, la viuda pobre gozaria del beneficio del Derecho Romano que se ha reputado, bien ó mal, como supletorio del municipal. La sociedad legal de ganancias entre marido y muger no regia en parte alguna del Principado, y solo por costumbre solia pactarse en el campo de Tarragona, que comprendia el distrito de su antiguo corregimiento; pero con alguna variacion de la sociedad legal de Castilla.

En Vizcaya, segun la ley 1, título 20 de su Fuero, disuelto el matrimonio con hijos ó descendientes legítimos habidos en el mismo, todos los bienes muebles ó raices de ambos cónyuges siguen en comunidad entre el sobreviviente y los hijos. Pero no quedando estos, ni descendientes, el cónyuge que trajo bienes raices, los recobra y vuelven á su tronco; en los muebles ó semovientes lleva cada uno su capital con la mitad de mejoras y ganancias.

Hay ademas la particularidad de que, si el hombre casa para caserio de su muger, ó esta para el de aquel, tienen el viudo ó viuda, segun la ley 2 del mismo título, el derecho de vivir en el caserio por año y dia, usando hábito viudal y de disfrutar de la mitad de los productos, limitándose en cuanto á los montes á la leña necesaria para la provision de su casa. Pasado el año y dia, el viudo ó viuda que vinieron de afuera, deben salir del caserio á instancia de parte, y pagándoseles antes su dote ó donacion sin descuento alguno: no verificándose el pago, pueden seguir gozando la mitad del usufructo sin que se les impute en pago de su haber.

Es de advertir que este fuero especial solo rige en las tierras del infanzonado ó en las ante-iglesias: en las villas siguen las leyes generales del reino, tanto en materia de sociedad conyugal de ganancias, como en la de sucesiones.

En Aragon el viudo ó viuda tiene por fuero el usufructo de todos los bienes (sin esceptuar los vinculados) de su difunto consorte, y la sociedad conyugal de ganancias se estiende á mucho mas que en Castilla, pues comprende todos los bienes muebles, créditos y derechos aportados al matrimonio por ambos cónyuges, todos los de la misma especie adquiridos por cualquier título durante el matrimonio, y hasta los raices que no hayan sido adquiridos por título oneroso, ó por prescripcion comenzada antes del matrimonio.

En Navarra el viudo ó viuda tienen el usufructo de todos los bie-

nes libres de su difunto consorte; y en vida ó en muerte pueden asignarse la sesta parte del de los vinculados: la sociedad legal de gananancias es igual á la de Castilla.

Vista la variedad de nuestras leyes y fueros sobre la suerte y derechos del viudo y mas particularmente de la viuda, recorreré brevemente lo dispuesto sobre esta materia en los Códigos modernos estranjeros.

Códigos modernos: Todos, menos el Bávaro, artículo 55, libro 5, capítulo 6, están de acuerdo sobre la sucesion recíproca de los cónyuges á falta de parientes en grado sucesible: Código Frances, artículo 767: Napolitano, artículos 685 al 688: Sardo, 961 y 962: Vaud, artículo 545: Holandes, artículo 920: Austriaco, artículo 759: Prusiano, artículo 637, título 1, parte 2.

El Código Frances prefiere los hijos naturales al cónyuge, artículos 758 y 767; lo mismo el Napolitano, artículo 674; el Sardo, artículo 960; el Bávaro, artículo 55, libro 5, capítulo 6; Austriaco, artículo 759; el Prusiano iguala al cónyuge con los hijos de un matrimonio *morganático* ó de mano izquierda; pero no da el mismo favor á los hijos naturales. Por el contrario, el Código Holandes, artículo 920, y el de Vaud, artículo 545, dan la preferencia al cónyuge sobre los hijos naturales.

Por nuestro último derecho, los hijos naturales, faltando descendencia legítima, son heredederos forzosos de la madre, y escluyen á todos, ley 5, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion.

En la herencia del padre, faltando hijos y descendientes legítimos, solo suceden en la sesta parte, leyes 8 y 9, título 13, Partida 6. No escluian, pues, al cónyuge en el caso de la ley 6 del mismo título; pero hoy la escluyen por la ley de 16 de mayo de 1835.

Veamos los derechos del viudo ó viuda segun los Códigos modernos, habiendo parientes en grado sucesible.

El Frances y Holandes no le declaran derecho alguno; el Bávaro, casi ninguno, á pesar de estar prolijo y pesado; el Prusiano calla; ¿pero cómo negar todo á la muger legítima cuando en el artículo 1027 concede á la concubina el derecho á ser indemnizada?

El de Nápoles, artículos 689 y 690, declara al cónyuge pobre una pension que no escederá la cuarta parte de los productos ó rentas de la herencia, cuando falten hijos ó estos sean menos de tres; si los hay y son mas de cuatro, la pension se reducirá á una parte viril.

Segun el de Vaud, artículos 541 al 544, á falta de hijos de padre y madre, hermanos ó hermanas y descendientes suyos, hereda el cónyuge la mitad sino hay hijos; pero, si hay algun otro de los mencionados, hereda la cuarta parte.

El Sardo, artículos 959 y 960, y el Austriaco, artículos 757 y 758, están acordes; habiendo hijos y no pasando de tres, el cónyuge no divorciado tendrá el usufructo de la cuarta parte; si los hijos pasan de tres, el usufructo se reducirá á una parte viril; á falta de hijos, heredará el cónyuge una cuarta parte en propiedad, imputándose en ella las ventajas que resulten de los contratos matrimoniales y las ganancias dotales segun el Sardo; las ventajas nupciales y legados, segun el Austriaco.

El 2559 de la Luisiana dice: «Si la muger no ha aportado sino una dote corta, ó que el esposo que muere sea rico, y el sobreviviente necesitado, podrá tomar en la herencia un cuarto en propiedad, y otro cuarto en usufructo (quarte maritalis) cuando no queden sino tres hijos: quedando mas de tres hijos no tendrá derecho sino á una parte de hijo en usufructo, y se le imputará en ella lo que le haya sido legado por el difunto.

Se vé, pues, que ninguno de estos Códigos reconoce legítima en los cónyuges; que en la parte favorable no distinguen entre el viudo ó viuda; que solo el de Nápoles exige la enojosa calidad de pobreza; que el Sardo y Austriaco están conformes con el Romano, aventajándole en quitar la pobreza y en no distinguir entre viudo ó viuda; que asi se acercan á nuestra ley 7, título 13, Partida 6, aunque menos discreta que la Novela 117.

El derecho de los cónyuges á sucederse *ab intestato* debe estar combinado con su legítima, de la que debe tratar el Sr. N., y que es anterior en órden á esta materia: será por lo tanto preciso que nos pongamos de acuerdo.

Como la legítima, aunque votada por la Comision, es un derecho exorbitante y desconocido en todos los Códigos (al menos con este nombre), y sin perjuicio de que el beneficio concedido á la viuda pobre por la Novela 117, y la ley 7, título 13, Partida 6, asi como el usufructo foral del viudo ó viuda, pueda considerarse en su fondo como verdadera legítima, conviene restringirla, mas bien que ampliarla.

El Código Sardo y el Austriaco me parecen mejor combinados en sus modificaciones tomadas de la Novela 117, segun el mayor ó menor número de hijos.

Sin embargo, opino porque el usufructo se convierta en propiedad; ya porque todo usufructo largo es un mal económico, ya porque aquellos Códigos no reconocen legítima de cónyuges: nosotros, que la reconocemos, debemos ser algo mas latos para no aparecer inconsecuentes. Como esta propiedad entrará en la clase de bienes sujetos á reserva, si el viudo ó viuda repiten matrimonio, el perjuicio de los hijos será de poca monta.

Ademas, si la legítima de los cónyuges, en el caso de quedar hi-

jos, se reduce á simple usufructo, el temor de perderlo desde luego retraerá del segundo matrimonio; lo que no sucederá en la propiedad, pues sus consecuencias son lejanas; pueden morir los hijos del primer matrimonio, y siempre tendrá el binubo la facultad de disponer de los tales bienes entre ellos como mejor le parezca.

La disposicion de los mencionados Códigos para el caso de no quedar hijos es muy sencilla, como lo era tambien la Novela 117: ninguna distincion se hace entre ascendientes y colaterales.

Pero esta falta de distincion, tanto en el caso presente como en todos los otros de sucesiones intestadas, me ha parecido siempre una palpable inconsecuencia en los Códigos que declaran legítima á los ascendientes y la niegan á los colaterales: tal es el Romano, tal el Sardo, segun sus artículos 722 y 726, y el Austriaco, segun el 762: igual es la suerte de nuestra legislacion: ¿puede en ningun caso igualarse ó confundirse por todo el que respete la justicia y la consecuencia al heredero forzoso con el que no lo es?

Por estas consideraciones opinaria yo que el viudo ó viuda suceda en la tercera parte, quedando ascendientes del difunto, sean uno ó mas, y en una mitad cuando solo existen colaterales (aunque sean hermanos) dentro del cuarto grado civil.

No faltará quien pretenda que debe hacerse todavía alguna otra graduacion favorable á los hermanos y á sus descendientes sobre los otros colaterales; mas para esto seria necesario alterar las graduaciones que propongo para los casos de existir descendientes y ascendientes. El legislador debe contentarse con atemperar sus disposiciones á ciertas diferencias marcadas y de fácil esplicacion, como las que resultan de la diversidad de líneas: todo mayor trabajo, y, por decirlo asi, *anatomia gradual* de cada una de ellas, aun suponiendo su posibilidad, podria conducir á errores ó injusticias, y á no dudar se resentiria de oscuridad y complicacion.

Yo hago una graduacion mas que los Códigos Romano, Sardo y Austriaco, pues distingo el caso de quedar ascendientes; y dos mas que la ley de Partida, que para todo caso, sin reparar en el número y línea, señala á la viuda pobre la cuarta parte.

Si por este medio puede salir de la familia alguna mayor porcion de bienes, obra será de la Comision, y consecuencia de la base por ella adoptada: pero ni la Comision se ha guiado en el órden de sucesiones por la conservacion ó concentracion de bienes en la familia, ni pueden reputarse estraños á esta el viudo ó viuda despues de la base que los ha *familiarizado*, si me es lícito usar de esta espresion.

Reputo asimismo como consecuencia forzosa de la misma base dar al viudo ó viuda preferencia sobre los hijos naturales ó ilegítimos reco-

nocidos, alterando en esta parte la ley de 16 de mayo de 1835. Si los ascendientes y aun los colaterales dentro del cuarto grado civil escluyen absolutamente segun aquella ley al hijo natural, ¿cómo no lo ha de escluir tambien el viudo ó viuda herederos forzosos, aun quedando hijos y descendientes legítimos? Las Córtes legislaron sobre una base que la Comision ha destruido; y ademas los hijos ilegítimos reconocidos de hoy no merecen el nombre y el favor que los naturales de entonces, pues hoy cabe el reconocimiento del hijo adulterino y sacrílego ó incestuoso, que entonces no podia entrar en la clase y derechos del hijo natural.

Número 12 (1)

CÓMO HEREDAN Y SON HEREDADOS LOS HIJOS NATURALES.

Sobre los requisitos necesarios para que un hijo ilegítimo sea habido por natural véase el apéndice número 2: aquí se trata de sus derechos hereditarios; en cuanto al de alimentos todas las legislaciones han estado y estarán siempre de acuerdo.

Por Derecho Romano los hijos naturales heredaban á la madre en concurso y con absoluta igualdad que los legítimos, á menos que la madre fuese ilustre; ley 5, título 57, libro 6 del Código.

Esta absoluta igualdad, por mas que segun la misma ley el concubinato fuese *licita consuetudo*, era tan inmoral como impolítica: ni las buenas costumbres ni el bien del estado pueden permitir que se atribuyan los mismos efectos y derechos al libertinage ó debilidad simplemente tolerada, que á la santidad del matrimonio, única fuente y tipo de las familias.

Tampoco puede justificarse la escepcion en el caso de ser la madre *ilustre*: las consideraciones de moralidad y decoro espuestas en la misma ley son realmente de pura vanidad: *non est satis acerbum* que la madre ilustre haya tenido estos hijos, sino el de negarles los derechos que se reconocen á los habidos en concubinato por una muger *liberæ conditionis ab homine libero*.

Con la misma igualdad que los legítimos heredaban los naturales á los parientes maternos; y como los derechos de sucesion son generalmente recíprocos, la madre y los parientes maternos heredaban en sus

(1) Corresponde á la Seccion 5, capítulo 2, título 2 De las herencias.

respectivos casos á los hijos y parientes naturales, ley 11, título 38, libro 6 del Código, y título 5, libro 3, Instituciones.

Muy otra y bien favorable era la condicion de los hijos naturales respecto del padre, pues únicamente le heredaban no quedando descendientes legítimos y viuda, y entonces no mas que en la sesta parte, aunque fuesen muchos, y habian de partirla con su madre, llevándose esta *unius filii portionem*, Novela 89, capítulo 12, párrafo 4: de consiguiente, ni el padre ni los parientes paternos heredaban á los naturales, ni estos á ellos, diferencia que me parece injustificable, y que luego impugnaré.

El Fuero Juzgo calló sobre hijos naturales: el Real habla ya de ellos ó de los de barragana en oposicion á los de muger de bendicion, de su reconocimiento espreso y formal por el padre y de sus derechos, leyes 1, título 6, libro 3, 7, título 23, libro 4, y otras: en la 7 concede al hijo reconocido segun allí se previene el derecho de heredar todo lo de su padre en falta de descendientes legítimos; como esta ley, con razon ó sin ella, no ha tenido observancia, escuso alguna cuestion que se ha agitado sobre ella.

El Fuero de Sepúlveda, en sentir de un ilustrado contemporáneo, parece disponer que los hijos habidos en barraganas ó mancebas que se constituian tales con placer de sus padres ó parientes mas cercanos fuesen equiparados á los legítimos: igual ó semejante favor hallaríamos tal vez en otros Fueros, si esta investigacion pasara hoy de simple curiosidad.

Las Partidas copiaron servilmente el Derecho Romano: el padre y sus herederos debian alimentos al hijo natural: si aquel moria con hijos legítimos, no podia dejar al natural sino una parte de dote; muriendo tan solo con ascendientes, podia dejarle todo lo que no fuese legítima rigorosa de ellos. En la sucesion intestada del padre nada tenia el hijo natural, quedando descendientes legítimos; á falta de ellos, aun quedando viuda, heredaba una sesta parte que debia partir con su madre: la opinion y práctica mas comun del dia han convertido la sesta parte en un quinto.

Toda esta variedad y rigorismo para heredar al padre se convertia en sencillez, y en una inmoralísima indulgencia para heredar á la madre, pues que la heredaban *ab intestato* naturales y espureos juntamente con los legítimos, á menos que la madre fuese ilustre, leyes 8 y 9, título 13, Partida 6.

La ley 9 de Toro, ó Recopilada 5, título 20, libro 10, desagravió á la legitimidad ultrajada, estableciendo que solo en falta de hijos y descendientes legítimos fuesen los naturales y espureos por su órden y grado herederos forzosos de la madre *ex testamento* y *ab intestato*.

La 10, tambien de Toro, y Recopilada 6, del mismo título, modificó la de Partida, autorizando al padre que muere sin hijos legítimos, pero con ascendientes, para dejar al hijo natural todos sus bienes, privando de su legítima á los segundos. Esta ley envuelve una chocante contradiccion: los colaterales no pueden obstar en caso alguno para la legítima de los ascendientes; los hijos naturales, si; y, á pesar de tanto favor, estos mismos hijos naturales son escluidos de la sucesion intestada del padre (salva la sesta parte) por los colaterales.

Sobre la sucesion de legítimos y naturales en línea colateral, la ley 12, título 13, Partida 6, copió tambien su original Romano: los hijos naturales no heredan á los parientes por parte de padre, ni estos á ellos, pero sí á los parientes maternos, y viceversa, sin que en este caso obre efecto alguno la legitimidad; el natural mas cercano en grado escluye al pariente legítimo mas remoto; sin embargo, la misma ley contiene á favor de los hermanos de parte una escepcion injustificable, y que ha puesto en tortura á nuestros intérpretes.

Me he limitado á recapitular la legislacion Romana y Patria, sin tocar una sola de las innumerables dudas y cuestiones á que han dado lugar, ni examinar la justicia y consecuencia de sus disposiciones: pero séame permitida una observacion.

Yo no acierto á esplicar satisfactoriamente el exorbitante favor que aquellas legislaciones, y alguno de los Códigos modernos, conceden al hijo natural en la herencia de sus madres y parientes maternos, al paso que le escluyen total ó parcialmente de la de su padre y parientes paternos.

La madre es siempre cierta, y el padre no: esta es la única razon que se da como decisiva é incontestable; leyes 5, título 4, libro 2 del Digesto, y 11, título 13, Partida 6.

¿Pero no podria decirse otro tanto del matrimonio?

Ademas, esté ó no prohibida la investigacion de la paternidad y maternidad, que bastase el concubinato, que fuese ó no necesario el reconocimiento judicial ó voluntario, el espreso ó el tácito, siempre será cierto que ha habido y no puede menos de haber en todos los casos un sello, ó tipo legal y especial, para determinar el carácter de hijo natural respecto del padre.

Y si lo hay, ¿á qué viene la vulgaridad de que *las madres siempre son ciertas*, para fundar tan chocante diferencia? Podrá haber en algunos casos esta certeza *física* y material, podrá tambien ser dudosa en otros: pero de todos modos, los efectos civiles deben regirse por la certeza legal, y cuando esta existe, asi respecto del padre como de la madre, los efectos deben ser iguales.

Es por lo tanto racional, legal, y casi indispensable seguir en esto

al Código Frances y otros modernos, que han abolido la diferencia mencionada.

Pero, autorizado en el artículo 143 el reconocimiento aislado del hijo natural por uno solo de los padres, la moral aconseja no dar al hijo en este caso los mismos derechos que al reconocido por el padre y la madre juntamente: la razon es que el primero puede proceder de una union criminal, y ser adulterino, incestuoso ó sacrílego: en el segundo no caben estas sospechas, y reune ademas la ventaja del doble vínculo: paso á los Códigos estranjeros.

El artículo 756 Frances comienza con una máxima absoluta: «*Los hijos naturales no son herederos*»: pero en el artículo siguiente, para el caso de no quedar descendientes legítimos, les concede sobre los bienes de su padre ó madre difuntos el derecho á una tercera parte de la porcion legítima que les corresponderia si fuesen legítimos; á una mitad cuando solo quedan ascendientes, hermanos ó hermanas, ó tres cuartas partes en todo otro caso.

Paso por alto las dudas y dificultades á que ha dado lugar el artículo 757.

En los discursos 32, 33 y 34 franceses, al tratarse de los dos artículos mencionados, se dice que la ley en ningun caso llama á los hijos naturales como *herederos*; que únicamente les concede sobre la sucesion de sus padres derechos proporcionados al valor de los bienes: que estos derechos son un crédito de los hijos, y una deuda contraida por los padres al tiempo de reconocerlos; que los hijos naturales están fuera de la familia.

No faltará quien diga que tanto favor y liberalidad en lo mas importante (el patrimonio), y tanto remilgo y afectado escrúpulo en negar el título de heredero, se avienen mal con la realidad de las cosas y con la gravedad propia del legislador.

Mayor sencillez, verdad y consecuencia hay en el Derecho Romano y Patrio, usando de las palabras «heredar y heredero» siempre que conceden al hijo natural en los bienes de sus padres algun derecho fuera de los alimentos, aunque no pase de la sesta parte de los bienes, segun la ley 8, título 13, Partida 6.

Asi es que el Código Frances no ha sido imitado en esto por los modernos, salvo el Holandes en sus artículos 109 y 110.

El artículo 674 Napolitano dice: «Los hijos naturales heredan á su madre, pero no á su padre, á menos que hayan sido legalmente reconocidos, y en el caso que la ley admite la prueba de la paternidad.»

«Ellos heredan la mitad de lo que heredarian si fuesen legítimos, cuando el padre ha dejado hijos, descendientes y ascendientes legíti-

mos: dos tercios cuando existen colaterales en grado sucesible, y el todo si no existen.»

El 951 Sardo: «Si el padre ó la madre no deja posteridad legítima ni ascendientes, pero sí otros parientes, el hijo natural hereda la mitad de los bienes; la otra mitad recae en los parientes:» segun el 952, á falta de parientes en grado sucesible y de cónyuge, hereda todos los bienes.

El 912 de la Luisiana: «Los hijos naturales, debidamente reconocidos por la madre, la heredarán á falta de descendientes legítimos, con esclusion del padre y madre, ascendientes y colaterales de la difunta»

El 913: «No heredarán al padre sino á falta de descendientes, ascendientes, colaterales y viuda, escluyendo al Estado.»

El 546 de Vaud: «El hijo natural sucede en la totalidad de los bienes de su padre y madre, cuando estos no dejan ni parientes en grado sucesible, ni esposo.

El 754 Austriaco llama, como el Derecho Romano y ley de Partida, á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la herencia de su madre, y calla sobre la del padre: el Bávaro, libro 3, capítulo 12, número 11, llama á los naturales á toda la herencia de la madre, no quedando hijos legítimos; pero no heredan al padre sino en defecto de herederos legítimos.

El Prusiano, en su artículo 636, establece la misma absurda igualdad de naturales y legítimos respecto de la madre: en el 655 dice, que respecto del padre solo tienen derecho á reclamar alimentos hasta los catorce años: no quedando hijos de matrimonio de mano derecha ni izquierda, los naturales heredan al padre en la sesta parte, si han sido reconocidos voluntaria ó judicialmente.

Todos los Códigos están acordes en conceder alimentos al hijo natural cuando no es llamado á la herencia: el Frances, en su artículo 757, le favorece demasiado, pues bajo este concepto le da cierta porcion de bienes aun en concurso de hijos legítimos.

En cuanto al derecho de los naturales para heredar á otros parientes fuera del padre ó de la madre, la legislacion Romana y de Partidas era clara y sencilla: los naturales estaban igualados á los legítimos respecto de la madre y parientes maternos, de modo que el natural de mejor grado escluia al legítimo, á pesar del lenguaje dubitativo de Gregorio Lopez, en su glosa 2 á la ley 12, título 13, Partida 6: veamos los Códigos modernos.

El artículo 756 Frances niega á los naturales todo derecho sobre los bienes de los parientes de su padre ó madre; pero en los artículos 765 y 766 defiere la herencia del hijo natural; 1.º, á su posteridad; 2.º, al

padre ó madre que le ha reconocido; 3.° y último, á *los hermanos y hermanas naturales*, y á sus descendientes. De esto se infiere necesariamente que el natural no hereda en linea colateral sino á sus *hermanos y hermanas naturales.*

Los artículos 677 y 681 Napolitanos, el 917 de la Luisiana y 918 Holandes, disponen lo mismo que el 756 y 766 Franceses: la consecuencia debe ser la misma.

El 954 Sardo es aún mas esplícito: «Los hijos naturales, aunque reconocidos, no tendrán derecho alguno sobre los bienes de los parientes de su padre ó madre, ni estos parientes sobre los bienes de los dichos hijos naturales:» en los siguientes 955 y 966 defiere la herencia del hijo natural muerto sin posteridad á su viudo ó viuda, y al padre ó la madre que le reconocieron, y no habla del caso en que falten estos, y existan hermanos ó hermanas naturales.

Los Códigos Austriaco y Bávaro, admitiendo indistintamente á los naturales y legítimos á la herencia de la madre, como el Derecho Romano, parecen envolver la consecuencia de heredarse recíprocamente los naturales y parientes legítimos paternos.

De lo recapitulado sobre el derecho de los hijos naturales para heredar puede inferirse por quién serán ellos heredados.

En Derecho Romano y Patrio lo eran á falta de posteridad por su madre y parientes maternos: el padre los heredaba en una sesta parte en los mismos términos y casos que los naturales heredaban al padre en dicha sesta parte, *authent. licet etc.*, á la ley 8, título 27, libro 5 del Código, y leyes 8 y 11, título 13, Partida 6, que en esta parte no fueron corregidas por la 9 de Toro, aunque dejo ya relevada la injustificable escepcion que hace la ley 12 del mismo título y Partida.

Segun lo arriba espuesto, por los Códigos Frances, Napolitano, Holandes y de la Luisiana, los naturales son heredados gradualmente por su posteridad, por el padre ó la madre que los reconoció, y en línea colateral únicamente por los hermanos y hermanas naturales.

El Código Sardo calla absolutamente sobre la línea colateral; y el mismo silencio se advierte en el Bávaro, libro 3, capítulo 12; el de Vaud, artículo 530, en falta de padres del hijo natural, llama indistintamente á sus hermanos y hermanas, *legítimos ó naturales*, faltando asi á la regla sobre reciprocidad de las sucesiones, pues que en los artículos 546 y 548 escluye á los naturales de todo derecho á heredar.

Segun los Códigos Austriaco y Prusiano parece que debe regir en este punto la legislacion Romana.

En nuestro artículo 781 se han añadido para mayor claridad las palabras *aunque sean legítimos*, que recaen sobre los descendientes de hermanos y hermanas naturales.

Número 13 (1).

Uso de la palabra *vientre*, porque el Diccionarie la admite y hace sinónima de la de *feto*.

El Derecho Romano fue muy previsor y minucioso en esta materia, ya por su gravedad, ya por la frecuencia de los casos.

Los títulos 4, libro 5, el 4, 5 y 6 del libro 25, y el 9 del libro 37 del Digesto, están consagrados á los derechos del vientre y de su madre, pues que en ellos la palabra *vientre* se refiere, unas veces al feto, otras á la muger en cinta.

No deja de ser motivo de alguna confusion el tratarse en libros tan apartados de cosas y derechos que tienen un mismo orígen, y se refieren á unas mismas personas: yo he creido consultar por la unidad, sencillez y claridad, reuniéndolos todos en este lugar, al que pueden hacerse referencias, cuando sea preciso indicarlos en alguna otra parte. Lo mismo pudo hacerse en Derecho Romano, que trata este punto al hablar de la peticion de herencia, de los alimentos como efecto ó consecuencia del matrimonio, y de las sucesiones intestadas.

En nuestro Derecho, despues de la ley 3, título 6 del Fuero Real, solo encuentro otras tres que hagan al caso; la 7, título 22, Partida 3, y las 16 y 17, título 6, Partida 6; pero son leyes sueltas, y, por decirlo asi, *incidentales*, que no tienen lugar propio ni objeto conocido. La 7 habla de la posesion y alimentos de la viuda en cinta por via de ejemplo, en el título de los juicios ó sentencias; las 16 y 17 hablan evidentemente del caso de morir uno *sin testamento* con parientes propíncuos, y solo se ocupan en las minuciosísimas formalidades ó precauciones que hallamos en la ley 1, título 4, libro 25 del Digesto, para evitar la suposicion del parto.

Por Derecho Romano (título 9, libro 37 del Digesto) se daba la posesion de los bienes al vientre y en su nombre á la viuda; pero al mismo tiempo se nombraba al vientre y á los bienes un Curador, y este daba alimentos á la viuda.

La ley 7, título 22, Partida 3, dice que la viuda «deve ser apoderada de aquellas bienes que demanda en nome de aquella criatura de que es preñada; é puede vivir é mantenerse en ellos:» la 17, título 6, Partida 6, da por supuesto que debe ser entregada ó posesionada de

(1) Correponde al capítulo 1.º, título 3, libro 3.

los bienes del muerto; pero ni una ni otra hablan del nombramiento de Curador.

Yo hallo en las disposiciones del Derecho Romano inutilidad, complicacion é inconsecuencia. ¿Por qué ha de darse la posesion á virtud de un derecho incierto y eventual, como lo es el hecho ó acontecimiento futuro de que depende? En todos estos casos el derecho lleva embebida tácita y necesariamente la condicion «si el vientre naciere y fuere de vida;» y por un derecho condicional, ni se da, ni debe darse la posesion.

Por otra parte, ¿cuáles son los efectos ó ventajas de esta posesion? La madre, poseedora á nombre del vientre, queda reducida á recibir los alimentos del curador; triste condicion, por cierto, para un poseedor y para una madre, á la que nosotros concedemos toda la dignidad y derechos del padre, cuando este ha muerto.

La ley 7, título 22, Partida 3, no encierra la estrañeza del nombramiento de curador; pero este silencio abre la puerta á una gran duda; ¿habrá de señalarse á la madre por alimentos una cantidad cierta de los frutos y rentas de los bienes, ó los percibirá y hará suyos por entero como poseedora de buena fé y á virtud de un título tan sagrado?

En vista de todas estas consideraciones me he decidido por un secuestrario ó administrador judicial bajo fianza, que poseerá á nombre de aquel, á quien bien pronto deberán ir los bienes: la viuda en cinta percibirá los alimentos sin responsabilidad alguna, sin cuidados ni trabajo, que podrian perjudicarle en su delicado estado. En el caso de existir coherederos, debe confiárseles la administracion por motivos de decoro, por el interés del mismo vientre, y porque, estando indivisa la herencia, ellos la poseen en todo.

He creido tambien conveniente, que hasta el parto ó el aborto se suspenda la division de la herencia, y claro es que hablo del caso en que existan coherederos del vientre.

No encuentro previsto este caso en las Partidas, pues la ley 16, título 6, Partida 6, supone el de hermanos ú otros parientes colaterales del difunto que dejó su muger en cinta, y dispone que, hasta ver el resultado del parto, no puedan entrar la herencia.

El Derecho Romano no solo previó el caso de existir coherederos del vientre, sino que distinguió si quedaban en cinta dos ó mas viudas de hermanos, tratándose de heredar á otro hermano; ó quedaban hijos con su madre en cinta, y se trataba de heredar al padre.

En el primer caso, no podian pedir los coherederos sino una parte incierta de la herencia, porque, habiendo mas de una viuda, no podia saberse el número de los que saldrian á luz; en el segun-

do por la razon contraria de quedar una sola viuda, y calcularse en tres el máximo de las criaturas de un parto, podian pedir parte cierta, reservándose otras tres partes para el caso calculado.

Tanta sutileza y complicacion podian pasar en los libros de Jurisconsultos que respondian sobre casos particulares y raros; pero no dicen bien con la gravedad y sencillez del legislador, que solo debe dar reglas generales y para los casos ordinarios.

Aun tratándose de heredar á un hermano, podia quedar una sola viuda de otro hermano; la reserva de tres partes era escesiva, porque los partos de tres criaturas son rarísimos: habia, pues, de recurrirse, casi siempre, á nueva particion, y siempre era provisional y pendiente del éxito del parto la primera que se hacia: ningun perjuicio irreparable se irrogaba por ella ni al vientre ni á los coherederos.

¿No es mas sencillo suspender la division por el corto período de la preñez, y hacerla una vez sola definitiva é irrevocablemente? Entre tanto los derechos é intereses de los acreedores quedan á cubierto con lo dispuesto en los artículos 796 y 798.

En los Códigos modernos, incluso el Frances, esta importante materia pasa casi desapercibida: únicamente en el de la Luisiana, artículos 414 al 417, y en el Austriaco, artículo 270, enumerándose los casos en que deba darse curador, se cuenta entre ellos el del *vientre ó niños por nacer*; pero sin añadir una sola palabra mas.

En el artículo 393 del Código civil Frances solo se dice de paso y como por incidencia: «si al fallecimiento del marido queda la muger en cinta, el Consejo de familia nombrará un curador al vientre. Cuando el hijo nazca, la madre será su tutora, y el curador quedará de pleno derecho tutor subrogado».

El libro 2 del Código de *procedimientos civiles* lleva por epígrafe: «Procedimientos relativos á la apertura de una herencia;» y, sin embargo, no se halla en todo él un solo artículo sobre esta materia.